

بيع الفضولي
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
زينب محمود محمد حسين البعاج
طالبة دراسات عليا- الماجستير
قسم القانون - كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة الكوفة

تمهيد

أولا : أهمية الموضوع :

من المسائل التي يواجه الدارس فيها - سواء كان دارسا للقانون أو الفقه- صعوبة ومشقة في دراستها (عقد الفضولي) نظرا لاختلاف الفقهاء فيها سواء كانوا فقهاء اسلاميين ام قانونيين، ونظرا لاختلاف القوانين فيما بينها في بحثها ومعالجتها او تكيفها. ولذلك واجهت بعض المشقة في بحثها وبخاصة بعد ان اخترت ان ابحثها بحثا علميا يعتمد المقارنة بين الفقهين الامامي والحنفي والقانونيين المدنيين العراقي والفرنسي. فبذلت جهدي وجل طاقتي للتغلب على تلك المصاعب والمشاكل الفقهية ومن الله العون والتوفيق.

ثانيا : ماهو موضوع البحث :

البحث هنا تكفل دراسة مشكلة بيع الفضولي فما هو الفضولي ؟ وللإجابة على هذا السؤال علينا ان نبحث في معنى الفضولي، فما هو الفضولي ؟ حتى نحيط علما بمعنى الفضولي سنبحثه في اللغة والقرآن والسنة والفقه، ولذا سنتكلم عنكل معنى بصورة مستقلة :

أ- الفضولي في اللغة : وهو مأخوذ من (الفضول) جمع(فضل) وقد اطلق

على معنيين :

احدهما : المشتغل بما لا يعنيه.

ثانيهما : الخياط على القول ابن الاعرابي^(١)

والذي يناسب بحثنا هو المعنى الاول قال الزبيدي: في تاج العروس^(٢) في مادة

فضل: (الفضولي- بالضم - المشتغل بما لايعنيه. فقال الراهب : الفضول جمع

الفضل، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نسب اليه على لفظه فقيل : فضولي بمن يشتغل بما لايعنيه، لانه جعله علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد)

ب- الفضولي في القران : وردة مادة فضل في مواضع عديدة من القران الكريم الا ان لفظ (الفضولي) لم يرد في احدهما.

ت- الفضولي في السنة : وكما لم ترد لفظة الفضولي في القران الكريم لم ترد في حدود تتبعي في السنة النبوية.

ث- الفضولي في الفقه : وردت على السنة الفقهاء تحديدات عديدة للفضولي نعرض اهمها :

١. ماعرفه بعض الحنابلة في البيع بـ (من يشتري او يبيع بدلا عن شخص معين لم يأذن له)^(٣) وهذا التعريف قصوره ظاهر، لعدم شموله لعقد المالك الممنوع من اجراء التصرف في ماله لسبب من اسباب الحجر، او تعلق حقل الغير في ماله لرهن او اجازة او نحوهما.

٢. وعرفه بعض الامامية بـ (من يتولى العقد بدون اذن، لامن المالك كالوكيل ولا من الشارع كالولي)^(٤). وهذا التعريف ينطبق عليه نفس الكلام

٣. وعرفه اخر من الامامية بـ (الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا)^(٥) وهو وان كان ينطبق على القول المشهور للامامية بعدم اعتبار عقد الصبي المجنون لقيده بـ (الكامل) الا انه لايزال غير تام، لعدم مايشير فيه الى مباشرته للعقد.

٤. وعرفه بعض احناف بـ (من يتصرف في حق غيره بغير اذن شرعي)^(٦)

٥. وعرفه ابن امين الدين^(٧) - من الاحناف - بـ(العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه). وهذا التعريف جامع مانع بناء على دخول عقدي الصبي المحجوز والمعنوه في ضمن عقد الفضولي .

التعريف المختار :

وقد فضلنا هذا التعريف الاخير - بحكم كوننا مقارنين - لامرين :

اولاهما: اتساعه لجميع مصاديق الفضولي على اختلاف الاراء في سعتها وضيقها، وذلك لان بحثنا لا يخص مذهباً دون آخر وانما يعنى بالناحية الموضوعية لا غير .
ثانيهما : ان الاستثناءات الواردة على السنة بعض الفقهاء انما هي استثناءات من عنوانه بلحاظ حكمه، فلا تشمل مدلول العنوان نفسه، وان شئت ان تقول : انها من قبيل التخصيص لا التخصص.

فمن حقه - اذن - ان يعرف بتعريف عام وليس هناك اشمل من هذا التعريف

ثالثا: خطة البحث :

لقد بحثت هذا الموضوع -كما تقدم- على اساس المقارنة بين فقهاء المذهب الامامي المتقدمين والمتأخرين ومتأخري المتأخري. وفقهاء الاحناف، وبين القانونيين العراقي والفرنسي وحاولت ان ارجع الى المصدر الذي يمثل رأي الفقيه مباشرة فان لم اعثر على ذلك المصدر رجعت الى المصدر الذي ينقل عنه. ومن هنا فالمصادر الرئيسية لهذا البحث على قسمين :

١. اساسية : سواء كانت في الفقه او القوانين المدنية.
 ٢. غير اساسية وهي التي نقلت من المصادر الاساسية وخصوصا ما يخص (بيع الفضولي في القانون الفرنسي) لان المصادر التي تمثل القانون الفرنسي شحيحة جدا ولذا لجئت الى المصادر الغير اساسية واضفت الى ذلك مصادر عامة ككتب اللغة والتفسير والحديث والاصول وغيرها .
- وقد رايت ان المواضيع الرئيسية في مبحث الفضولي ثلاثة :

١. حكم عقد الفضولي.
٢. الاجازة لعقد الفضولي.
٣. الرد لعقد الفضولي .

فاعتبرتها مباحث له ومهدت له بتحديد عنوان البحث وما يلقي بعض الاضواء عليه.

المبحث الاول احكام بيع الفضولي

ينقسم البيع الذي يوقعه الفضولي بالنسبة للمعقود عليه الى قسمين، لكل منهما حكمه الخاص:

١. ان يبيع ملك غيره خاصة من دون ضميمة شئ اليه.

٢. ان يبيع ملكه منضمًا الى ملك الغير صفقة واحدة.

وعليه فسنبحث المسألة في مطلبين:

المطلب الاول : ان يبيع ملك الغير خاصة .

وهذا القسم يختلف الحال فيه، فتارة: ينشئ الفضولي لعقد المالك وهذا من اظهر مصاديق الفضولية. واخرى ينشؤه لنفسه، لا للمالك. وهذا غالبا سيكون من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً.

ولاجل ذلك فان البحث في هذا القسم سيكون في فرعين، نخصص الفرع الاول في التحدث عن الحالة الاولى ونخصص الفرع الثاني للتحدث عن الحالة الثانية.
الفرع الاول : حكم العقد الذي يوقعه الفضولي للمالك.

اقوال الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من العقد واقوالهم ثلاثة :

١. القول بالصحة مطلقا، وتوقف النفوذ على الاجازة.

٢. القول بالبطلان مطلقا.

٣. قول بالتفصيل بين ما يكون مسبوقا بنهي من المالك عن ايقاعه فالبطلان، وبين عدم سبقه بذلك، فالصحة مطلقا.

١. القول بالصحة مطلقا:

أ- اكثر الامامية

ب- الاحناف

ج - القانون المدني العراقي.

ء - القانون المدني الفرنسي

أ- أكثر الامامية : والقول بالصحة مذهب أكثر الامامية، قداماء ومتأخرين، فمن ذهب اليه من القداماء الشيخ المفيد والشيخ الطوسي في النهايه، يقول الشيخ الطوسي: ((فان باع ما لا يملكه كان البيع موقوفا على صاحبه فان امضاء مضى وان لم يمضه كان باطلا)) وقال المحقق الحلي: ((قلو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك او وليه، على الاظهر)) كما اختاره ابن سعيد والعلامة الحلي، وحكاها العلامة الحلي عن ابن الجنيد والمرتضى وسلاّر، وابن البراج القاضي، واليه ذهب ابن حمزة في الوسيلة. ومن المتأخرين الشهيدان الاول والثاني والنجفي والشيخ الانصاري والسيد علي الطباطبائي، وملا محسن الفيض، والسيد الحكيم، ومن المعاصرين السيد الشهيد محمد محمد صادق الصدر في (منهج الصالحين) حيث يقول: ((ومن شرائط المتعاقدين، القدرة على التصرف شرعا لكونه مالكا او وكيلاً عنه او ماذوناً عنه او ولياً عنه، فلو لم يكن البيع منتسباً الى المالك شرعا باحد هذه الانحاء لم يصح وتوقف صحته على اجازة من له الاجازة))

ب- الاحناف: ومم اختار القول بالصحة موقوفا على اجازة المالك الاحناف، فقد نص أكثر من واحد منهم على ذلك، كالحصكفي^(٨) حيث قال: {كل تصرف صدر منه {الفضولي} تملكاً كان كبيع وتزويج او اسقاط كطلاق واعتاق {وله مجيز} أي لهذا التصرف من يقدر على اجازته ((حال وقوعه انعقد موقوفا))} وقال السمرقندي^(٩) ((ان الفضولي اذا باع مال غيره من انسان يتوقف على اجازته عندنا)) وجاء في الفتاوى الخانية: ((اذا باع الرجل مال الغير عندنا يتوقف البيع على اجازة المالك)) ولم اعثر على مخالف منهم .

ج - القانون المدني العراقي : وقد جاء القانون المدني العراقي موافقا لراي اغلبية الفقهاء الامامية فقد جاء في المادة ١٣٥ / ف ١ / من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك .

وعلى ذلك: يتضح من نصوص القانون المدني العراقي انه جرى في هذه المسألة على احكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي لدى بعض الفقهاء الشريعة الاسلامية فجعل بيع ملك الغير عقدا صحيحا ولكنه موقوف على اجازة المالك

الاصلي من هنا انه عقد صحيح غير نافذ^(١٠) ونلاحظ هنا ان القانون المدني العراقي لم يفرق بين ان يبيع الفضولي ملك الغير للغير او لنفسه و اشار الى لهذه المسألة غني حسون طه في مقارنته قانون العراقي بالمصري^(١١) وحول نقاط التقاء القانون المدني العراقي مع التشريع الاسلامي، يذكر هاشم معروف الحسني: ((ومن ذلك تبين ان الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالرغم من المشرعين المدنيين قد اهلوا الناحية التي اهتم بها الشرعيون في ابحاثهم عنهم ومع ذلك فهو لا يعد من العقود الفاسدة عندهم، بل هو عقد صحيح يتم ويتكامل باجازة من له التصرف في اصداره))^(١٢) ويذكر في موضع اخر ((قد فرق السنهوري بين ان يتصرف الفضولي بنفسه بمال الغير وبين ان يتصرف به لصاحب المال، ففيما اذا تصرف به لصاحب المال او اجر له فلا يشترط ان يكون كامل الاهلية، ويكفي فيه ان يكون مميزا ولو ان يبلغ سن الرشد، اما اذا تصرف من نفسه بالبيع او الشراء، او باشر عملا بمال الغير باسمه الشخصي فلا بد وان يكون كامل الاهلية لان قد التزم البيع والعمل لنفسه.

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والاصيل من حيث اعتبار الاهلية الكاملة فيهما كالبلوغ والرشد والاختيار وغير ذلك من الشروط التي لابد منها في المتعاقدين. وليس الفضولي كالوكيل في اجراء العقد))

ء- القانون المدني الفرنسي : يذكر الدكتور غني حسون طه حول حكم بيع الفضولي في التشريعات قائلا: ((لقد تفرق الراي واختلفت التشريعات في حكم بيع ملك الغير. فالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لم يكن عقد البيع ينقل ملكية المبيع الى المشتري، بل كان مجرد عقد منشئ للالتزامات شخصية هي تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا. لذلك كان ملك بيع الغير في هذين القانونين صحيحا))^(١٣) وعليه فان القانون الفرنسي القديم كان موافقا لراي اغلبيه فقهاء الامامية والقانون المدني العراقي في حكمه لصحة العقد، وسنلاحظ ان القانون الفرنسي الحديث جاء موافقا لراي بعض فقهاء الامامية في بطلان العقد كما سيمر علينا البحث.

حيث يذكر الدكتور غني حسون طه : ((اما القانون الفرنسي الحديث فقد سار على مبدئ اخر مقتضاه ان الملكية تنتقل بمجرد التعاقد فترتب على ذلك بطلان بيع

ملك الغير في هذا القانون. فقد نصت المادة (٩٩٥١) من القانون المدني الفرنسي على ان بيع ملك الغير باطل وان للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع كان مملوكا للغير.

وكما هو واضح من هذا النص فانه قد اقتصر على تقرير البطلان وحق المشتري في التعويض دون ان يبين ماهية البطلان او مايمكن ان يترتب على العقد من اثار ولهذا فقد اثار هذا النص خلافا كبيرا في النص في الراي بين الفقهاء الفرنسيين ((ويستمر الدكتور غني حسون في معرض حديثه عن بيع ملك الغير في التشريعات ((اما القضاء الفرنسي فيذهب الى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا تصححه ادارة المشتري او التقادم العشري، وان هذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري الذي يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع او المالك الحقيقي، وان حق المشتري في ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع))

وتحت عنوان العقد الموقوف يقابل العقد القابل للابطال، يعقد الاستاذ السنهاوري مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للابطال حيث يرجح كفة العقد الموقوف فيذكر: ((والعقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للابطال : فالعقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالاجازة. اما العقد القابل للابطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الاجازة. والواقع من الامر ان العقد الذي يتردد بين مرتبتي البطلان والصحة ويتصور فيه احد امرين : اما ان يجعل باطل حتى يصح وهذا مااختاره الفقه الاسلامي واما ان يجعل صحيحا حتى يبطل وهذا مااختاره الفقه الغربي. وللمفاضلة بين هذين النظامين ينبغي ان ننظر الى الحالات التي يكون فيها العقد موقوفا في الفقه الاسلامي وقابلا للابطال في الفقه الغربي.

واول هذه الحالات هي عقد ناقص الاهلية.)) الى ان يذكر في موضع اخر ((وثانية هذه الحالات هي تصرف الشخص في ملك غيره فهل الاصل ابطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الاسلامي او نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي ؟ واضح هنا ايضا - والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه- ان الاولى وقف التصرف حتى يجاز. فالفقه الاسلامي هنا ايضا ارقى في صناعته من الفقه الغربي .)) ثم يستمر الاستاذ السنهاوري في كلامه ((وهناك سبب اخر

لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع مل الغير او تصرف الفضولي رأتينا الفقه الغربي يجعل العقد نافذا حتى يبطل. ولما كان جعل العقد نافذا في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول لذلك اضطر الفقه الغربي ان يستعين بفكرة اخرى ضمها الى فكرة العقد القابل للإبطال، فجعل العقد الى جانب كونه قابل للإبطال غير نافذ بحق المالك الحقيقي فلجا الى فكرة الفقه بحق المالك. اما الفقه الاسلامي فعنده العقد موقوف، فهو موقوف بحق البائع وفي حق المشتري وفي حق المالك جميعا. فلم يكن في حاجة الى فكرة عدم السريان التي احتاج اليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذا. وبذلك يرجع العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء اخر. فاذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الاسلامي موقوف، فقد قلنا كل شيء ((^{١٤}).

٢. القول بالبطلان مطلقا : ذهب اليه بعض الامامية .

واختار القول ببطلان بيع الفضولي من الامامية الشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف فقد جاء في الخلاف : ((واذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا، وكذا السيد ابن زهره في الغنية وابن ادريس وفخر المحققين والمحقق الاردبيلي والشيخ البحراني والسيد الداماد في رسالته الرضائية))
٣. القول بالتفصيل :

اعتبر فريق من الامامية في صحة عقد الفضولي الا يكون مسبوقا بنهي عن المالك عن ايقاعه، فلو كان كذلك بطل العقد، وان اجازته المالك. ومن هؤلاء المحقق الكركي، حيث قال : ((بان الغصب قرينة على عدم الرضا، ومقتضاه البطلان مع النهي بطريق اولي)). كما ان فخر المحققين ذكر ان بعض المجوزين لعقد الفضولي اعتبر في صيغة العقد عدم سبق نهى من المالك عن انشاءها.
الفرع الثاني: حكم العقد الذي ينشؤه الفضولي لنفسه.

والخلاف في هذا الفرع كالخلاف في سابقه فانقسموا الى اقوال :

أ- القول بالصحة مطلقا، وتوقف النفوذ على الاجازة .

ب- القول بالبطلان مطلقا.

ت- قول بالتفصيل بين جهل المشتري بالفضولية فالصحة، وعدمه فالبطلان .

أ- القول بالصحة مطلقاً

١. أكثر الإمامية

٢. أكثر الأحناف

١. أكثر الإمامية : والقول بالصحة مذهب معظم الإمامية كشيخ الطوسي في النهاية حيق قال: ((من غصب غيره متاعاً وباعه من غيره ثم وجده صاحب المتاع عنده كان له انتزاعه من يده ... ومتى امضى المغصوب منه البيع لم يكن بعد ذلك درك على المبتاع)) . واختاره ابن البراج القاضي والصميري والشهيد الأول والمحقق الكركي والميرزا الرشتي والشيخ الانصاري ونسبه القمي الى الأكثر فقال : ((والأكثر على انه يصح بالاجازة)) كما نسبه الانصاري الى المشهور . وذكر السيد الشهيد الصدر الثاني في (منهج الصالحين) كتاب التجارة : ((إذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه، لاعتقاد انه مالك، او لابتناؤه على ذلك كما في الغاصب، فاجازه المالك صح البيع ويرجع الثمن الى المالك)) .

٢. أكثر الأحناف : واليه ذهب أكثر الأحناف، فقد نص غير واحد منهم على صحة بيع الغاصب ونفوذه بالاجازة، وقال الغزي في فتاويه^(١٥) ((وإذا باع الغاصب المغصوب توقف على اجازة المالك، فان اجازته جاز بيعه ونفذ بشرط الاجازة وان رد ارتد وبطل))، كما ذكر ذلك المرغيباني^(١٦) والسرخسي^(١٧) والنسفي^(١٨).

١. وجاء في فتاوي الانقروبي^(١٩) ((والمشتري من الغاصب لو حرر فاجاز المالك بيعه لا ينفذ عنقه قياساً وهو قول محمد، وينفذ عندهما استحساناً ولو باعه المشتري من الغاصب فاجاز المالك البيع الاول لم ينفذ بيع المشتري وفقاً)) نعم نقل ابن نجم عن البدائع ان الفضولي اذا باع لنفسه يبطل عقده ولا يتوقف، حيث قال في الاشباه والنظائر^(٢٠) ((بيع الفضولي موقوف الا في ثلاث فباطل : ... وفي ما اذا باع لنفسه وهي البدائع)) واشكل على هذا القول بان ((المبيع اذا استحق لا يفسخ العقد- في ظاهر الرواية- بقضاء القاضي بالاستحقاق، وللمستحق اجازته ووجه الاشكال ان البائع باع لنفسه لالمالك الذي هو المستحق، مع انه توقف على الاجازة))^(٢١) يضاف الى ذلك ان صاحب البدائع نفسه ذهب الى صحة بيع الغاصب ووقفه على الاجازة. ومن

المعلم ان بيع الغاصب من اوضح افراد البيع لنفسه ولذلك فقد حال بعض الاحاف توجيه هذا القول بان مؤداه هو : مالو باع الفضولي ملك غيره من نفسه، (فاللام) هنا بمعنى (من) وبيع الفضولي في هذه الحالة يقع باطلا^(٢٢)
ب - القول بالبطلان مطلقا:

١. بعض الامامية:

واقول ببطلان بيع الفضولي مذهب جماعة من الامامية على ما ذكره ابن الشيخ محمد باقر حيث قال: ((الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا مايكون في بيع الغاصب ... وفيه قولان : صرح جماعة من الاصحاب بالبطلان))
٢. بعض الاحناف :

سبق ان ذكرنا ان صاحب البدائع نقل عنه القول ببطلان بيع الفضولي إذا أنشأه لنفسه كما ابن نجيم اختار هذا الرأي في البحر الرائق^(٢٣) تبعاً له، حيث قال: ((ولو قال المصنف (رح) :باع ملك غيره لمالكة لكان اولى، لانه لو لنفسه لم ينقعد اصلا كما في البدائع)) ونحوه ذكر الحصكفي في شرح الدر المختار^(٢٤)
ج- القول بالتفصيل.

بعض الامامية :

وذهب الى التفريق بين علم المشتري بالفضولية وجهله بها، فالتزم بالبطلان في الصورة الاولى والصحة في الثانية، من الامامية السيد العاملي في مفتاح الكرامة. كما ان العلامة الحلي اشكل به في محله في جملة من كتبه، جاء في القواعد: ((ومع علم المشتري اشكال)) وشرح السيد العميدي هذه العبارة بقوله : ((يريد لو باع الغاصب العين المغصوبة، والمشتري يعلم بالغصبية احتمل ههنا الفساد)) ولم اجد للاحناف رأياً او قولاً فيه.

المطلب الثاني : بيع الفضولي ملكه وملك غيره.

اذا ضم الفضولي ملكه الى ملك الغير وباعهما صفقة واحدة فما حكم هذا البيع؟ وعليه فسيكون كلامنا في مطلبين نخصص المطلب الاول للبحث في بيع الفضولي لملك غيره ونخصص المطلب الثاني لبيع الفضولي ملكه.
المطلب الاول: بيع الفضولي لملك الغير.

اما مايخص ملك الغير في انه يجري فيه الخلاف المتقدم الذي ذكرناه في
المطلب الاول.

المطلب الثاني: بيع الفضولي لملكه.

واما ما يخص ملكه فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء. وموضع اختلافهم -على ما
يبدو- في ما اذا بطل البيع في ملك الغير اما لعدم اجازة المالك له، او لبطلان عقد
الفضولي راسا .

فاختلفوا على اقوال ثلاثة:

١. قول بصحة البيع ونفوذه مطلقا، وللمشتري الجاهل الخيار بين الفسخ
والامضاء .

٢. قول بالبطلان مطلقا، تبعا لبطلانه في ملك الغير .

٣. قول بالتفصيل بين ان يكون ملك الغير وجه الصفقة او اكثرها فيبطل او
لايكون كذلك فيصح.

١. القول بالصحة مطلقا

أ- مشهور رأي الامامية

ب- اكثر الاحناف

أ - مشهور أي الامامية

والقول بنفوذ البيع في مايملكه الفضولي المذهب المشهور عند الامامية بل
ادعي الاجماع عليه. قال النراقي : ((واما صحته في المملوك وهو الحق المشهور
بين اصحابنا بل عن الغنية والتذكرة الاجماع عليه، وصرح بعضهم بعدم الخلاف
فيه)) وجاء في الجواهر: ((وعلى كل حال فلاخلاف في صحة بيعه ونفوذه في ما
يملك بل ظاهره الاجماع عليه)) ويذكر السيد الشهيد محمد الصدر في
منهج الصالحين باب التجارة: ((لو باع انسان ملكه وملك غيره صفقة واحدة صح
البيع في ما يملك، وتوقفة صحة بيع غيره على اجازة المالك. سواء كان معزول
كعنيين مستقلتين او غي معزول في المال المشترك فان اجاز المالك صح والا فلا.
فان بطل كان للمشتري خيار تبويض الصفقة فله الفسخ بالاضافة الا ما يملكه
البائع، فان لم يفسخ اخذه بنسبته من الثمن كله))

ب- أكثر الاحناف

والى القول بنفوذه في ملكه ذهب أكثر الاحناف، فقد صرح غير واحد منهم بذلك جاء في البدائع: ^(٢٥) (لو جمع بين قن ومدير او بين عبده وبين غيره وباعهما صفقة واحدة، جاز البيع في عبده بلاخلاف) وقال القدوري في الكتاب: ^(٢٦) ((وان جمع بين عبد ومدير او بين عبده وعبد غيره، صح العقد بحصته من الثمن)). ونحوه ما في الهداية ^(٢٧)، والفتاوي الهندية ^(٢٨) وجامع الرموز ^(٢٩) وشرح العتبي على الكنز ^(٣٠) والسعديات ^(٣١) وغيرها.

٢. القول بالبطلان مطلقا

بعض الاحناف

والى القول بالبطلان مطلقا ذهب زفر بن هذيل - صاحب ابي حنيفة- فقد ورد في الهداية: ((وان جمع بين عبد ومدير، او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد وقال زفر رحمه الله : فسد فيهما)) ونحوهما في شرح العتبي على الكنز ^(٣٢)

٣. ولم نجد لهم فيه قول.

المبحث الثاني

الاجازة لعقد الفضولي

المطلب الاول : محققات الاجازة

الذي يبدو من كلمات الفقهاء الباحثين او القائلين بصحة عقد الفضولي اتفاقهم على وقوع الاجازة باللفظ، وان اختلفوا بعد ذلك في الاختصار عليه خاصة او امكان تحققها به بالفعل او بالرضا الباطني. وعلى هذا فالاقوال ثلاثة :

١. القول الاول: بالاكتهاء باللفظ خاصة .

٢. القول الثاني : باللفظ والفعل.

٣. القول الثالث : الاكتهاء بالرضا الباطني.

عليه فسيكون بحثنا في ثلاثة فروع:

الفرع الاول :الاجازة باللفظ خاصة

الفرع الثاني :الاجازة باللفظ والفعل

الفرع الثالث:الاجازة بالرضا الباطني

الفرع الاول:الاجازة باللفظ خاصة

أ - بعض الامامية

ذهب بعض الامامية الى ان الاجازة انما تكون باللفظ خاصة (كاجزت، وامضيت، وانفذت، ورضيت) وشبه ذلك، ولا تقع بالفعل ولا بغيره، فلو طلب المالك الثمن او طلبت المرأة المهر، او سكت من له الاجازة بعد علمه بصدور العقد من الفضولي، لا يكون اجازة. ومن هؤلاء المقداد السيوري حيث يقول : ((ولا يكفي فيها السكوت ولو كان حاضرا بل لابد من لفظ يدل عليها)) . كما ذكر ذلك الشهيدان الاول والثاني والسيد العاملي والمحقق القمي.

ب - بعض الاحناف:

وذهب الى هذا القول السمرقندي^(٣٣): ((على ما يبدو من عبارته، حيث يقول وفي تزويج الاجنبي اذا بلغها الخبر فسكتت لا يكون اجازة الا بالقول صريحا او دلالة))

الفرع الثاني: الاجازة باللفظ وبالفعل:

أ - جماعة من الامامية: ومن هؤلاء الامامية الشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر حيث قال : ((يكفي في الاجازة كل ما دل عليها من لفظ صريح، او ظاهر، من كناية او استعارة او مبالغة او فعل من كتابة، او اشارة او تصرف في الثمن، او اجازة بالبيع الواقع عليه او غير ذلك مما يدل على انشاء

الاجازة منه ورضائه بمضمون العقد الواقع فضولا على ملكه)) ثم قال بعد ذلك : ((ولا يكفي سكوته فيها مع العلم فضلا عن الجهل بل ولا مع حضور العقد عند علمائنا واكثر اهل العلم)) كما ذكر ذلك الميرزا الرشتي والسيد بحر العلوم والسيد اليزدي والميرزا النائيني والسيد الحكيم، والى

ذلك ذهب السيد الشهيد الصدر الثاني في منهج الصالحين حيث قال : ((لا يكفي في تحقق الاجازة الرضا الباطني، بل لا بد من الدلالة عليه بالقول مثل : رضيت او اجزت او انفذت او انا ارضا بذلك. او يقول مخاطباً البائع الفضولي : احسنت او جزاك الله خيرا او نعم ما فعلت، او لا بأس بما فعلت ونحو ذلك. او الدلالة عليه بالفعل مثل : اخذ الثمن او بيعه او اجازة العقد الواقع عليه وكذلك دفع المثلن لو كان تحت يده او التاغضي عن بيع المشتري اياه او استهلاكه له وهكذا)).

ب - اكثر الاحناف

كما ذهب اليه اكثر الاحناف فقد صرح غير واحد منهم بوقوع الاجازة قولاً وفعلًا جاء في رد المختار^(٣٤): ((لو اخذ المالك ثمنه خطأ من المشتري، فهو اجازة، لا لو سكت عن بيع الفضولي بحضرته)) وقال النمر تاشي^(٣٥): ((واخذ الثمن او طلبه، وقوله نعم ما صنعت احسنت، واصبت، وهبة الثمن من المشتري، والتصدق به عليه، اجازة)) وعلق الحصكفي^(٣٦): ((وافاد كلامه جواز الاجازة بالفعل وبالقول)). وجاء في الاشباه والنظائر^(٣٧): ((ولو رأى المالك رجلاً يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون رضا عندنا)) ونحوه ما في الفتاوى المهدية الا انه اختلفوا في تحقق الاجازة ببعض الالفاظ والافعال، فمن الالفاظ قول المالك للفضولي^(٣٨): ((احسنت او اصبت او وفقت او كفييتي مؤنة البيع، او نعم ماصنعت)) فاعتبرها فريق مهم اللفظاً لاتدل على الاجازة، لانها تذكر (على وجه الاستهزاء)^(٣٩) واجابوا عن حجة المانعين بان (هذا يستعمل غالباً للاجازة، وان

كان قد يراد به الاستهزاء). والذي يبدو ان الاقرب ما ذكره بعضهم من التفصيل بين ما اذى كانت صادرة من المجيز بنحو الجد فتكون اجازة، وبين اذا كانت صادرة منه على نحو الاستهزاء والسخرية، فلا تعتبر اجازة، ويفهم ذلك من القرائن المحيطة بشخص، اما حالية او مقالیه، اما اذا لم يكن هناك قرائن تعين احد الامرین، تعین كونها اجازة لان الاصل حمل الانسان في كلامه على الجد. جاء في جامع الفصولين^(٤٠): ((اقول ينبغي ان يفصل فان قاله جدا فهو اجازة، لآلو قاله استهزاء ويفرق بالقرائن، ولو لم توجد ينبغي ان يكون اجازة اذا الاصل هو الجد)) كم ان بعضهم يرى ان اخذ المالك للثمن، او طلبه، او قبول التهنة في الزواج، كلها امور لا يستكشف منها اجازته للعقد^(٤١) بينما يراها اخرون امورا تتحقق الاجازة بها لانها تدل على الرضا^(٤٢)

الفرع الثالث: الاجازة بالرضا الباطني

أ- بعض الامامية

ذهب فريق من فقهاء الامامية الى انه لو رضي من له الاجازة، وحصل العلم به من أي طريق كان كفى في نفوذه العقد، وترتيب الاثار عليه من دون حاجة الى قول او فعل يكشف عنه. وهو ما استفرد به الشيخ الانصاري حيث يقول : ((بل لو لا شبه الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين بغير القول كفاية الرضا اذا علم حصوله من أي طريق كما سيظهر من كثير من الفتاوي والنصوص)) ونحوه ما ذكره الشيخ النجفي والارديلي والفقهاء التبريزي.

ب - بعض الاحناف

وحكي هذا الراي عن صاحب المحيط - من الاحناف- غيما اذا كان حاضرا لمجلس العقد فقد جاء في اللألي الدرية^(٤٣) ان ((في فتاوي امين نقلا عن المحيط. اذا اشترى سلعة من فضوله وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضاً. ومثله في البزازية عن المحيط

ت - قانون المدني العراقي

ان القانون المدني العراقي ينهج نهج المذاهب الاسلامية في محققات الاجازة حيث لا يشترط لفظا خاصا او قولاً معيناً ولم يشترط ان تكون الاجازة باطنية محظية ويفهم ذلك من واقع المادة (١٣٦) على ان : ((١. اجازة العقد الموقوف

تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد) ويذكر الدكتور غني حسون في كتابه البيع : ((والمتحصل من هذه المادة ان الاجازة كما تكون بالالفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليهما))^(٤٤)

ث - القانون الفرنسي

اذا بحثنا عن الاجازة في القضاء الفرنسي وانه عقد قابل للابطال نجد ان من حق المشتري ان يجيزه وان : ((البطلان مقرر لمصلحة المشتري يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع او المالك الحقيقي وان حق المشتري في ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع))^(٤٥) اما اقرار العقد فيكون من حق المالك الحقيقي و((ان هناك فرقا بين لاجازة والاقرار فالاجازة تصدر في العقد القابل للابطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحا اما الاقرار فيصدر في العقد الغير ساري في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد ساريا في حقه)) وعليه فان ((هذا البيع لا يكون نافذا في مواجهة المالك ولو اجاز المشتري العقد الا اذا اقره المالك الحقيقي، فاذا اقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري))^(٤٦)

((وقد يقر المالك الحقيقي البيع بالرغم انه اجنبي عنه وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا وهذه الاقرا رمن شأنه ان ينقل الملكية من المالك الحقيقي الى المشتري اذا زال العائق الذي يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع ولذلك يجب تسجيل هذا الاقرار في بيع عقار الغير. ومتى انتقلت الملكية الى المشتري فقد زال السبب الذي من اجله جعل المشرع المبيع قابلا للابطال، فينقلب صحيحا باقرار المالك الحقيقي كما رأيناه ينقلب صحيحا باجازة المشتري بل ان الاقرار ابعد اثرا من الاجازة، اذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق بالك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية الى المشتري))^(٤٧)

المطلب الثاني : شروط الاجازة

وليتم للاجازة الاثر المطلوب منها فيصبح العقد تاما كما لو صدر عن الاصيل، اشترط الفقهاء شروطا اختلفوا في عددها لاختلافهم في اعتبار بعضها.

وجملة الشروط على اختلافها سنبحثها في فرعين نخصص الفرع الاول للشروط المتعلقة بالاجازة ونخصص الفرع الثاني لباقي الشروط.
الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالاجازة.
الشرط الاول : عدم تقدم الرد على الاجازة.

القول بالاشتراط

١- اكثر الامامية .

٢- الاحناف .

٢. اكثر الامامية

يرى اكثرية فقهاء الامامية انه يلزم لتاثير الاجازة في عقد الفضولي الا تكون مسبقة برد من المالك للعقد ، فان كانت كذلك بطل تاثيرها. وقد ذهب الى ذلك منهم الشهيد الاول، والمحقق القمي حيث يقول: ((اذا ابيع المعقود له فضولا واطهر الكراهة يبطل العقد، ولا ينفع اجازته بعد ذلك، والظاهر انه لاخلاف فيه)) كما ذكر ذلك الشيخ الانصاري والشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر والسيد المجاهد والسيد بحر العلوم وميرزا الطباطبائي والفقهاء التبريزي والشيخ الاخوند الخراساني والسيد اليزدي في العروة الوثقى والسيد الاصفهاني والميرزا النائيني والسيد الحكيم والسيد محمد الصدر في منهج الصالحين.

٣. وذهب الاحناف الى القول بالاشتراط، فقد جاء في حاشية الرملي على جامع الفصولين^(٤٨): ((ولو بدء بالرد ثم اجاز فالمعتمد ما بدأ به)) وجاء في الدر المختار^(٤٩): (((وقوله لايجز رد)) أي للبيع الموقوف، فلو اجازه بعده لم يجزه..... بخلاف المستاجر لو قال : لايجز بيع الاجر، ثم اجاز، جاز ونحوه مافي البحر الرائق^(٥٠). ولم اعثر على مخالف منهم في ذلك.

الشرط الثاني : اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

هل يجب مطابقة الاجازة للعقد الواقع فضولا او لايجب فيها ذلك فتصحح العقد

ولو لم تكن له مطابقة له من جميع الجهات ؟

يختلف فقهاء الامامية في ذلك اختلافا كبيرا، واختلافهم يعود بالدرجة الاولى الى تباين الصور التي يحدث فيها عدم التطابق بين الاجازة والعقد. فعدم التطابق هذا قد ينشئ من الاختلاف بحسب الجزء والكل كما لو باع الفضولي الدار

والبستان صفقة واحدة فاجاز المالك بيع الدار دون البستان، او باع ارضا مملوكة لشخصين فاجاز احدهما دون الاخر. وقد يكون ناشئ من الاختلاف في الشرط وهو مختلف، اذ الشرط (تارة) يثبت في العقد ويلغى في الاجازة، كان يقع العقد مشروطا بشئ فيجيزه المالك مجردا عنه، واخرى بالعكس فيقع العقد مجرداً عنه. ويثبت في الاجازة. ولهذا الاختلاف فقد يرى بعضهم شرطية المطابقة في صورة منها، بينما يرى البعض الاخر عدم لزوم المطابقة في تلك الصورة في الذات وربما يستمر الحديث حول هذا الشرط

الشرط الثالث : وجود المجيز حين الاجازة

١. بعض الامامية

٢. الاحناف

٣. القانون المدني العراقي

١. بعض الامامية

وقد مر في الشرط الثالث ان الشيخ النجفي يرى بطلان العقد لو مات احد المالكين قبل الاجازة وكذلك السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب.

٢. الاحناف

واليه ذهب الاحناف فقد جاء في الأشباه^(٥١) والنظائر: ((الموقوف يبطل بموت الموقوف على إجازته، ولايقوم الوارث مقامه))، (لان الاجازة اختيار العقد والاختيار عرض لايقبل النقل)^(٥٢) وقال قاضي خان^(٥٣): ((واذا مات المالك لاينفذ باجازة الوارث)) وهذا بخلاف القسمة عند ابي يوسف، فانه ذهب الى (ان التركة اذا كانت بين كبار يجيزون على قسمتها فاقسموها بلا امر القاضي، وبعضهم غائب فيتوقف على اجازة الغائب، فان مات قبل الاجازة فاجاز ورثته جازت استحساناً)^(٥٤).

٣. القانون المدني العراقي

اعتبر القانون المدني العراقي هذا الشرط في الاجازة ولم يعتبر قيام العاقلين، ولا المالك الاصلي ولا المعقود عليه، حيث نصت المادة ١٣٦/ف١ على انه: ((يشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولايشترط قيام العاقلين

او المالك الاصيلي او المعقود عليه وقت الاجازة والسرخسي^(٥٥)، وابن قاضي سماوة^(٥٦) وابن عابدين^(٥٧) والعتبي^(٥٨) وغيرهم.

الشرط الرابع: صدور الاجازة ممن يملك التصرف حين العقد

مما لاشك ولا اختلف فيه انه يشترط لتأثير الاجازة ان يكون المجيز ممن له اهلية للتصرف حين الاجازة والسر في ذلك واضح لان المجيز يستند العقد بالاجازة الى نفسه. فيعتبر فيه مايعتبر في المتعاقدين من البلوغ والعقل والرشد ونحوها من الشروط المعبرة في صحة التصرف.

ولكن الخلاف وقع في انه هل يجب ان يكون المجيز اهل لابرار العقد حين صدوره من الفضولي كما يجب ان يكون حين الاجازة؟ ام يكفي ان يكون تام الاهلية حين الاجازة فقط وان لم يكن العقد حين اهلا لذلك؟ وقد انصب مجمل خلافهم في نقطتين

الاولى : اذا كان المجيز محجوز عليه :

فاختلفوا هل يشترط ان تصدر الاجازة ممن يملكها او لايشترط في صحة اجازة الصبي والمجنون والسفيه بعد ارتفاع الاسباب الموجبة للحجز اذا عقد الفضولي على اموالهم في حالة الحجز وانقسموا الى قولين:

١. القول بالاشتراط : ذهب اليه بعض الامامية وهو العلامة الحلي خاصة .

٢. القول بعدم الاشتراط وذهب الى القول به :

(أ) الامامية :

ذهب اليه اكثر الامامية كالسيوري والانصاري والنجفي وبحر العلوم والطباطبائي والحيكيم .

(ب) اكثر الاحناف :

وذهب الى عدم اشتراطه على ما يبدو من عبارات بعضهم فقد صرح اكثر من واحد بان الصبي لو تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه توقف على اجاز الولي ما دام صبياً، فان بلغ قبل اجازة الولي فاجازه بنفسه صح ذلك قال الكاشاني: ((وكذلك الصبي المحجوز عليه اذا باع مال نفسه او اشترى، او تزوج امرأة او زوج امته، او كتاب عبده، او فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه مادام صغيراً او على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يجد من وليه

حال صغره، حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي فاجاز بنفسه جاز^(٥٩) وجاء في شرح الدر المختار: (-صبي باع -مثلا- ثم بلغ قبل اجازة وليه فاجازة بنفسه، جاز لان له ولياً يجيزه على العقد).
الثانية: اذا كان المجيز غير مالك حين العقد.

كما لو باع الفضولي مال غيره ثم انتقل اليه عن طريق الثراء او الارث فقد اختلفت كلمتهم على اقوال اربعة :
القول الاول : بصحة البيع باجازة المالك الجديد والذي هو الفضولي نفسه وذهب اليه بعض الامامية كالصيمري والشهيد الاول والانصاري وبحر العلوم والفتاوى التبريزي

القول الثاني: بصحته من دون اجازة :

١. الامامية: ذهب اليه بعض الامامية كفخر المحققين واختاره الشهيد الثاني في هبة المالك.

٢. الاحناف: وذهب اليه بعض الاحناف فقد جاء في حواشي(مكنين) نقلا عن البرازية عن (القاعدي) ان : ((الاصل ان من باشر عقد في ملك ((الغير ثم ملكه ينفذ، لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا باع ملك ابيه ثم ورثه نفذ))^(٦٠)

القول الثالث: القول بالبطلان مطلقا :

١. الامامية

ذهب اليه بعض الامامية كالعلامة الحلي والنجفي واليزدي .

٢. اكثر الاحناف

واليه ذهب اكثر الاحناف، فقد صرح غير واحد منهم بذلك فقد جاء في جامع الفصولين^(٦١) : ((لو باع مال ابيه فمات الاب ولا وارث غيره لا ينفذ البيع)). وجاء في موضع اخر منه نقلا عن فتاوى الاسبيجاني: ((ان الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه اما لو شراه الغاصب من ماله، او وهبه له، او ورثه منه، لا ينفذ بيعه قبله^(٦٢) كما ذكر ذلك السرخسي^(٦٣) وابن الهمام^(٦٤) وابن نجيم^(٦٥)).

القول الرابع : بالتفصيل بين الارث والثراء.

ذهب اليه بعض الامامية كالتائيني.

الفرع الثاني : الشروط الاخرى.

الشرط الاول : وجود المتعاقدين

١. الامامية :

كما ذهب بعض الامامية الى اشتراط ذلك في خصوص المشتري كالشيخ النجفي - كما يبدو من عبارته- حيث يرى لزوم بقاء قابلية المالكين الى حين الاجازة فان مات احدهما قبل الاجازة بطل العقد. وتابعه على ذلك السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب

٢. الاحناف :

وهو ما عليه فقهاء الاحناف ففي الهداية^(٦٦) ورد ان للمالك الاجازة ((اذا كان المعقود عليه باقيا، والمتعاقدان بحالهما))، وجاء في البدائع^(٦٧): ((ان من شروط تاثير الاجازة قيام البائع والمشتري حتى لو هلك احدهما قبل الاجازة من المالك لانتلحه الاجازة))، ونحوه ما في فتح القدير^(٦٨) وجامع الرموز^(٦٩) ودرر الحكام^(٧٠) والشرح العتبي على الكنز^(٧١) وغيرها من المجاميع الفقهية

الشرط الثاني : وجود المثلث والثمن والعرض

١. بعض الامامية :

كما ذهب الى اشتراط بقاء المبيع الى حين الاجازة الشيخ النجفي على ما يبدو من عبارته في الجواهر وقواه السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب ((ضرورة كون المعتبر على الكشف والنقل رضا المالك والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها))

٢. الاحناف :

وقد اعتبر هذا الشرط فقهاء الاحناف فقد جاء في تحفة الفقهاء^(٧٢): ((انما يجوز العقد الموقوف اذا كان المحل قابل لانشاء البيع حالة الاجازة فأما اذا لم يكن قابلا فلا، بان هلك المحل)). وقال قاضي خان^(٧٣): ((يشترط لصحة الاجازة قيام العاقلين وقيام المعقود عليه ولا يشترط قيام الثمن ان كان من النقود، فان كان من العروض يشترط قيامه ايضا))

الشرط الثالث : وجود المجيز حين العقد

١. بعض الامامية

انقسم الامامية بالنسبة لهذا الشرط الى قولين:

(أ) القول بالاشتراط : وذهب اليه من الامامية العلامة الحلي حيث قال : ((والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ واجاز لم ينفذ)) كم حكي القول به الاسكافي

(ب) القول بعدم الاشتراط : اكثر الامامية وبجانب هذا الجمع ممن اشترط وجود المجيز حال العقد فذهب جمع اخر الى عدم اشتراط ذلك فالصبي بعد البلوغ اجازة ما اوقعه الفضولي، وان لم يكن للعقد مجيز حين صدوره. وهو راي جل الامامية، فاليه ذهب الشهيد الاول حيث يقول : ((ولا يشترط الاجازة في الحال، ولا كون المجيز حاصلًا حين العقد فتصح اجازة الصبي (المجنون بعد الكمال) وذهب اليه المحقق الكركي والعاملي والقمي والشيخ محمد تقي الشيخ محمد باقر والنجفي والانصاري والسيد بحر العلوم والميرزا الطباطبائي والايرواني والنائيني والرشتي والحكيم

٢. الاحناف

والقول بالاشتراط مذهب الاحناف فقد صرح به غير واحد منهم، قال السمر قندي^(٧٤): ((وانما ينعقد عندنا على التوقف كل عقد له مجيز حالة العقد، فما ان لم يكن له مجيز فانه لا يتوقف حتى ان الطلاق والعناق في حق البالغ من الفضولي فهو على الخلاف، لان له مجيز في الحال. فاما اذا وجد الطلاق والعناق، والتبرعات من الفضول البالغ في امارة الصبي والمجنون وما لهما فانه لا يتوقف)) وجاء في بدائع الصنائع^(٧٥): ((ثم الاجازة انما تحلق تصرف الفضولي عندنا بشرائطه، منها: ان يكون له مجيز عند وجوده، فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة. كما ذكر ذلك الحصكفي^(٧٦).

المطلب الثالث: واقع الاجازة من حيث النقل والكشف .

اجد انه من مستلزمات تكامل البحث التعرف على معنى النقل والكشف في البدء .

١. المراد من النقل في الاجازة :

ويراد من النقل في الاجازة هو : ان تكون الاجازة بوجودها المتأخر عن العقد مؤثر في تماميته، فتكون بمنزلة الشرط، او جزء السبب، ولا زمة ترتب آثار العقد من حين صدورها، لاحين صدوره.

٢. المراد من الكشف من الاجازة ويراد من الكشف فيها هو :

ان تكون الاجازة بوجودها كاشف عن آثار العقد من حين صدوره لا من حين صدورها، لكشفها عن تمامية العقد او لحكم الشارع في ذلك.
الفرع الاول :انواع الكشف .

والذي يبدو من كلمات الفقهاء ان لمدلول الكشف عندهم انواع ثلاث وعليه سنبحث الموضوع في ثلاثة نقاط:

النقطة الاولى : الكشف الحقيقي

ويمكن تقسيمه بلحاظ طبيعة المنكشف لديهم الى اربعة اقسام:

(أ) كشفها عن كون العقد سببا تاما لترتب الآثار عليه.

(ب) كشفها عن رضا المالك لو التفت الى العقد حال صدوره

(ت) كشفها عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو التعقيب بالاجازة.

(ث) كشفها عن وجود الشرط المتأخر الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو نفس الاجازة، بناء على انه لامانع من تأخر الشرط في العلل الشرعية

النقطة الثانية : الكشف الانقلابي :

وهو كشف الاجازة عن ان العقد من حين وجودها تحول وصار مؤثرا حقيقة من الاول على وجه الانقلاب

النقطة الثالثة : الكشف الحكمي :

وهو كشف الاجازة من حين صدورها عن حصول التأثير من حين العقد حكما لا حقيقة، أي ترتيب الآثار الممكنة مع عدم تحقق الملكية، او الزوجية ،اونحوهما في الواقع الا بعد الاجازة .

الفرع الثاني :اراء فقهاء الامامية والاحناف في النقل والكشف :

النقطة الاولى: اراء فقهاء الامامية الذين قالوا بالنقل والكشف .

١. القول بالنقل:

ذهب الى ذلك بعض الامامية حيث ذكروا ان الاجازة انما تؤثر في العقد من حين صدورها، كفخر المحققين، فانه بعد ان ذكر ادلة الكشف والنقل قال : ((والاجود هذا لخير أي النقل ان قلنا بصحة الفضولي)) والاردبيلي والنراقي والاصبھاني في كشف اللثام وابن فهد الاحسائي.

٢. القول بالكشف:

والقائلون بان الاجازة تكشف عن ترتب اثار العقد من حين صدره على قسمين قسم اطلق القول بذلك، ولم يصرح بنوع خاص من انواع الكشف، والقسم الاخر صرح باحدها وعليه فسنذكر اول المطلقين ثم المصرحين.

القسم الاول : الفقهاء المطلقون.

ذهب الى ذلك بعض الامامية كالشيخ المفيد وكذلك الشهيد الاول وقواه السيد المجاهد والعالمي والفقهاء التبريزي.

القسم الثاني : الفقهاء المصرحون.

صرح اكثر الامامية بنوع خاص من الانواع السابقة للكشف.

النوع الاول :

(أ) الكشف الحقيقي مع كون العقد سببا تاما المحقق الكركي

(ب) الرضا التقديري وذهب اليه الميرزا الرشتي.

(ت) التعقيب بالاجازة وذهب اليه صاحب الاصول .

(ث) الاجازة شرط المتأخر ذهب اليه النجفي ووافقه اليزدي

النوع الثاني : الكشف الانقلابي

وذهب اليه بعض الامامية منهم السيد علي الطباطبائي في الرياض وبحر

العلوم والميرزا الايرواني والميرزا الطباطبائي والاخوند الخراساني والسيد الحكيم.

النوع الثالث : الكشف الحكمي

وذهب الى ذلك الشيخ الانتصاري على ما يبدو من بعض عباراته في المكاسب

والميرزا النائيني

((رأي خاص))

الشهيد الصدر الثاني (قدس) يذكر في كتابه منهج الصالحين رأيا خاصا او سطا حيث يجمع بين الاتجاهين من حيث الآثار حيث يقول : ((الظاهر ان الاجازة كاشفة عن صحة العقد في حين وقوعه كشفا حكما، بالنسبة الى النماء والارباح والمعاملات المترتبة عليها. واما بالنسبة للآثار الاخرى فهي ناقلة من حينها، كالاختيارات والضمانات والاخذ بالشفعة. والارث فضلا عن الجواز التكليفي بالتصرف والمراد بالضمان هنا ضمان البائع للمشتري مثل منفعة العين المستأجرة والمرهونه.))

رأي الاحناف في واقع الاجازة من حيث النقل والكشف :

النقطة الثانية : اراء فقهاء الاحناف في النقل والكشف .

١. القول في النقل ليس لهم رأي فيه .

٢. القول بالكشف : ونفس التقسيم السابق ينطبق هنا .

القسم الاول : الفقهاء المطلون.

وقد تبني القول بالكشف بنحو مطلق اكثر الفقهاء الاحناف، فقد تقدم تصريح غير واحد نهم بان المشتري يملك بالاجازة المبيع مع الزيادات التي حدثت بعد العقد وقبل الاجازة فقال السمرقندي^(٧٧).

- في صدد تعليله اشتراط بقاء المبيع حال الاجازة: ((ان بالاجازة ينفذ مستندا الى وقت صدوره)) ونحو ما في الدر المنقي^(٧٨).

القسم الثاني : الفقهاء المصرحون

لم اجد لهم اراء او اقوال الا في الكشف الحكمي ومن الفقهاء المصرحين بنحو خاص من انواع الكشف السرخسي - من الاحناف - فقد ذهب على ما يبدو - الى القسم الاول من اقسام الكشف الحقيقي - حيث قال : ((ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع، فان ييب ملكه وهو العقد، وكان تاما في نفسه ولكنه امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه، فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب))^(٧٩) ونحوه ذكر البابوني كما يبدو من ذلك من ابن نجيم في البحر الرائق^(٨٠)

الفرع الثالث: القانونان المدنيان العراقي والفرنسي:

١. القانون العراقي: وقد تبنى القانون المدني العراقي الراي القائل بالكشف المطلق فقد نصت المادة ١٣٦ ف ١ / على ان : ((اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد)) ويعلق السيد الحسني على ذلك قائلاً: ((والمتحصل من هذه المادة ان الاجازة ... وانها تاتر في العقد من حين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي الحقيقي عند الجعفرين^(٨١)).

٢. القانون الفرنسي :

اذا تفحصنا هذه المسألة في العقد القابل للابطال بذاته فهم ياخذون بمبدء الكشف اذا اخذنا الاجازة بمعناها المرتبط بصدورها من المشتري نجد انه ينقلب العقد صحيحا في حقه من زمن صدوره وكذلك بالاقرار الصادر من المالك واما في حق الغير فكانهم ياخذون بالنقل، حيث يذكر السنهاوري في كتاب الوسيطين : ((وينقلب العقد صحيحا في حق المشتري من وقت صدوره أي ان للاقرار المالك الحقيقي كما لاجازة المشتري في هذا الشأن اثرا رجعيا. ويسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الاقرار فلا تنتقل الملكية منه الى المشتري الى من هذا الوقت وهذا في ما يتعلق بحقوق الغير. ويترتب على ذلك انه اذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل اقراره للبيع، انتقل ملكية المبيع الى المشتري متقلة بهذا الحق، وجاز للمشتري ان يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي. واذا ما انقلب العقد صحيحا باقرار المالك الحقيقي بقي مدينا لالتزاماته فيكون البائع ملتزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا: باقرار المالك. ويكون ملتزما بذلك بضمان الاستحقاق كما اذا كان المالك قد رتب حقا عينيا على البيع قبل اقراره للبيع وملتزما بضمان العيوب الخفية. اما المشتري فيكون ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع.

المبحث الثالث : الرد لعقد الفضولي

سنبحث في البدء عن معنى الرد وفسخ العقد بالردومن نلج في مطالب البحث.

معنى الرد :

الرد هو عبارة عدم موافقة المالك للتصرف على العقد الصادر من الفضولي على نحو يوجب سلب انتسابه اليه.

فسخ العقد بالرد : وهل الرد يفسخ، بحيث يجعله غير قابل للاجازة بعد ذلك ؟ سبق الحديث عن ذلك في الشرط الاول من شروط الاجازة فقد ذكرنا ان العرف يرى ان الرد موجب لسقوط العقد عن قابليته للاجازة بعد ذلك.

المطلب الاول : محققات الرد

الفرع الاول: اراء الفقهاء :

مما لاخلاف فيه ان من اظهر مصاديق الرد هو الرد بالقول، ذلك لان اللفظ من اوضح اساليب التعبير عن القصد وفضلها. ولكن الخلاف وقع بينهم في لزوم الاقتصار عليه خاصة، او يتحقق بالفعل ايضا، او بالفسخ الباطني. فالاقوال على هذا ثلاثة :

١. الرد باللفظ خاصة : ذهب اليه بعض الامامية حيث يرون ان الرد لايتحقق الا باللفظ خاصة، كرددت وفسخت، وشبه ذلك، وهو ما عليه المحقق القمي والشهيد الاول على ما حكى عنه والسيد العاملي ولم اجد للاحناف قولاً فيه.

٢. الرد باللفظ وبالفعل :

(أ) الامامية : ذهب كثير من الفقهاء الى ان الرد كما يتحقق بانشائه باللفظ الدال عليه يتحقق بالفعل. والحديث حول تحققه بالفعل وعدمه يقع في صورتين :

الصورة الاولى : ان يقصد انشاء الرد به. وقد صرح به اكثر الامامية واليزدي والشيخ محد تقي والشيخ محمد باقر والميرزا الطباطبائي والتبريزي والسيد بحر العلوم والميرزا الرشتي والنائيني والسيد الحكيم والسيد الخوئي .

(ب) الاحناف : واليه ذهب الاحناف على ما يبدو من بعضهم فقد ذكر غير واحد

منهم ان (قوله : لايجز رد) ^(٨٢) كما انه ورد في فتاوي الانقروي : ((ان قول

المالك للفضولي ^(٨٣) : (بئس ماصنعت، رد في ظاهر الرواية) وقال السرخسي -

معللاً بطلان بيع الغاصب العين المغصوبة اذا اشتراها من المالك: بان

(أقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال للبيع لاول)^(٨٤) ولم اعثر على مخالف منهم في ذلك.

الصورة الثانية : ان لا يقصد ذلك وانما يصدر منه من دون التفات الى وقوع عقد الفضولي : اذا صدر منه هذا التصرف فهل يصح بعد ذلك اجازة العقد الذي اوقعه الفضولي، فيكون التصرف اللاحق فاسدا او لا تصح الاجازة منه الذي يبدو ان هذه التصرفات على اقسام ثلاث :

القسم الاول : تصرفات متلفة للموضوع حقيقة او حكما .

القسم الثاني : تصرفات مخرجة عن ملكه الى الغير .

القسم الثالث : تصرفات غير مخرجة عن الملكية

واختلف الفقهاء ان هذه التصرفات مبطلّة للاجازة او صحتها في سريان الاجازة بعدها اختلافا كبيرا لامحل له هنا

٣. القول بالاكْتفاء بالفسخ الباطني : وذهب الشيخ النجفي الى امكان الاكتفاء في تحقق الفسخ اذا قصد معناه في نفسه من غير حاجة الى اظهاره بالقول او الفعل لا يكفي في تحقق الرد، ذلك لانه - كالاجازة - من العناوين الانشائية التي تحتاج الى الابرار واظهار عدم الرضا بالعقد ليتحقق انفساخه به، ومجرد عدم الرضا النفسي بالعقد لا يحقق ذلك .

الفرع الثاني: الرد في القانونين المدنيين العراقي والفرنسي .

اولا : القانون المدني العراقي : ورد الرد في القانون المدني العراقي في المادة (١٣٥ / ف٣)

((٣ - اذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ...)) (

ويعلق الدكتور غني حسون طه على هذه الفقرة قائلا : ((اما اذا لم يجز المالك البيع فانه يعتبر باطلا من يوم الاتفاق كذلك لهذا يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد^(٨٥) ويبدو من القانون المدني ان رد العقد يعني انفساخه وعدم قبوله للاجازة بعد ذلك وهو في هذا يتفق مع الفقه الاسلامي)).

ثانيا : الرد في القانون الفرنسي : اذا خملنا معنا الرد على معناه الحقيقي وهو ابطال العقد نجده متمثلا في ناحيتين :

الناحية الاولى : الحق في ابطال البيع حيث ان : ((لما كان بيع ملك الغير قابل للابطال لمصلحة المشتري، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب ابطال البيع وله ان يتمسك بابطال البيع)) اما البائع فلا يملك طلب ابطال البيع لان الابطال لم سيتفرد لمصلحته بل لمصلحة المشتري. وهناك رأي وجيه يذهب الى ان للبائع طلب ابطال البيع للخلط اذا كان يجهل وقت البيع ان المبيع مملوك^(٨٦)

الناحية الثانية: ان يحمل معنى الرد على عدم موافقة المالك الحقيقي وبالتالي عدم نفاذ العقد فانه ((اجاز المشتري البيع او لم يجزه فان المالك الحقيقي اجنبي عن هذا البيع فلا يسري بحقه كما قدمنا ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع اذا لم يقر البيع، ولا تنتقل اليه الملكية الى المشتري ولو اجاز المشتري البيع فانقلب صحيحا ويترتب على ذلك انه ذا سلم البائع المبيع الى المشتري فان المالك الحقيقي يستطيع ان يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وان يرجع على البائع بدعوى تعويض))^(٨٧)

(محققات الرد في القانون الفرنسي)

لما كان المشتري هو وحده هو الذي يجوز له طلب ابطال البيع في القضاء الفرنسي فانه يكون باطلال البيع ((اما في صورة دعوى ابطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن او ليستبق ضمان الاستحقاق، واما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع اذا طالبه بالثمن))^(٨٨)

المطلب الثاني : اثار الرد .

واثار الرد في البيع تارة تتعلق في المالك مع كل من الفضولي والمشتري واخرى بالفضولي مع المشتري وسيكون كلامنا في فرعين :

الفرع الاول : حكم المالك مع كل من الفضولي والمشتري .

اذا رد المالك العقد الذي اوقعه الفضولي على ماله اصبح وجوده كعدمه، وبطلت جميع التصرفات المتفرعة عنه. فان كان المبيع في يد المالك فلا حق له على احد وان كان في يد غيره، فهل له الرجوع به؟ وعلى تقدير ان له ذلك فهل له الرجوع ايضا بالتمائتات والمنافع ونحوهما من الطوارئ على العين؟

اولا: الرجوع بالعين: العين المباعة فضولا اما ان تكون موجودة في وقت الرد او تالفه فهاتان حالتان مختلفتان.

الحالة الاولى : وجود العين :

لاشك ان العين اذا كانت موجود كان على الغير اعادتها وردها سواء في ذلك المشتري أو الفضولي وان لم يفعل كان للمالك الحق في انتزاعها واخذها منه لقول النبي (ص) : ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) ولان المفروض بقاؤها على ملكه، فكان الحق في استرجاعها.

الحالة الثانية: تلف العين:

وانما اذا كانت تالفة، فقد يكون تلفها على يد الفضولي وقد يكون على يد المشتري فهاتان صورتان

الصورة الاولى : التلف عند الفضولي فاذا كانت بيد الفضولي وكانت يده يد امانه - كالوديعة مثلاً- وتلفت بغير تقريط منه، فلا ضمان عليه. وان كانت يده يد ضمان - بان كان غاصبا لها او مفرطا فيها - فلا اشكال في ضمان بدلها من مثل ان كانت مثلية، او قيمة ان كانت قيمية .

الصورة الثانية : التلف عند المشتري واذا تلفت العين عند المشتري بعد تسلمها من الفضولي، فقد اختلف الفقهاء في الضمان، على قولين :

القول الاول: قول بان للمالك تضمين ايهما شاء وفيه رأي للامامية وللأحناف، القول الثاني: بين المشتري العالم بالضمان، وبين الجاهل فعدمه، الا اذا اتلفه عن عمد.

١. القول بان للمالك تضمين ايهما شاء:

أ) الامامية :

ذهب اليه الشيخ الطوسي في المبسوط: ((فالسيد اني يرجع على من شاء منهما، اما المشتري فيرجع عليه فانه وجب بفعله، واما الغاصب فيرجع به عليه لانه سبب يدلي المشتري)) والعلامة الحلي وكذلك المحقق الحلي والارdebيلي والسيد علي الطباطبائي والقمي والنجفي والرشدي والنايني وذهب اليه السيد الشهيد في منهج الصالحين حيث قال: ((وان كانت تالفة بشكل مضمون رجع على البائع ان لم يدفعها الى المشتري او على احدهما ان دفعها اليه))

ب) الاحناف :

واختاره كذلك الاحناف فقد جاء في المبسوط^(٨٩): ((فان باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها الفين بالزيادة المتصلة فهلك عند المشتري فاذا جاءت صاحبها فله الخيار انشاء ضمن المشتري... وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعد يقبضها لنفسه وقال الكاساني^(٩٠): ((.... فباعها وسلمها الى المشتري فهلك في يده، فالمالك بالخيار انشاء ضمن المشتري قيمتها الف درهم، وانشاء ضمن البائع)) ونحوه مافي فتاوى الانقروي^(٩١)، وتفتيح الحامدية^(٩٢) والفتاوي الهندية^(٩٣) وفتح القدير^(٩٤).

٢. القول بالتفصيل بين المشتري العالم والجاهل

وجدت هذا الراي عند اهل السنة وخصوصا للمالكية ولم اجده عند الاحناف و الامامية

ج) القانون المدني العراقي :

وقد اتجه القانون المدني العراقي الى القول الاول فقدت نصت المادة ١٣٥ ف/٤ على ان الفضولي اذا سلم العين المعقود عليها لمن تعاقده معه فهلك في يده بدون تعد منه، فللمالك تضمين قيمتها ايها شاء، فان اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر

ثانيا : الرجوع بالفوائد واما الفوائد المستحقة عند الغير سواء كانت نماءات ام منافع، واما ان تكون كاصلها موجودة او تالفة فهاتان حالتان كذلك الحالة الاولى : وجود الفوائد فان كانت موجودة في يد الغير فلا خلاف في ان حكمها حكم اصلها في وجوب ردها سواء كانت بيد الفضولي ام المشتري الحالة الثانية : تلف الفوائد اما الفوائد التالفة فقد يكون تلفها على يد الفضولي او على يد المشتري من الفضولي فهاتان صورتان :

الصورة الاولى: التلف عند الفضولي فان كان تالفة على يد الفضولي وكانت يده على اصلها يد امانة وتلفت بغير تقريط منه فلا ضمان عليه. وان كانت يده ضامنه لاصلها - بان كان غاصبا له او نحو ذلك - فقد وقع الخلاف بينهم على اقوال :

١. قول بالضمان مطلقا: ذهبت الامامية الى القول بتحقيق الضمان على الغاصب مطلقا من دون فرق بين الزيادة المتصلة كالسمن والمنفصلة كالولد والثمرة

وكذا المنافع كسكنى الدار سواء استوفأها او لم يستوفها، ذهب اليه المحقق الحلي والشهيدان الاول والثاني والكركي والطباطبائي والنجفي والسيد اليزدي وغيرهم ولم اجد للاحناف قولا فيه.

٢. اقوال بالتفصيل لم اجد للامامية تفصيل في هذا القول.

الاحناف :

١. تفصيل الاحناف : وهؤلاء انقسموا على انفسهم فيما يتصل بضمان الزوائد والمنافع.

أ- زوائد المغصوب :

فقد ذهب اكثرهم الى ان زوائد المغصوب المتصل منها المنفصل منها تكون امانة في يد الغاصب فاذا هلكت دون تعد لاضمان عليه. واما لو تعدى عليها - بان اتلفها او اكلها - او طلبها المالك فامتنع عن ردها كان ضامنا لها قال السمر قندي^(٩٥) : ((ان زوائد الغصب متصلة او منفصلة من الولد واللين والصوف والسمن لا تكون مغصوبة... ولو جاء المالك وطلب الزوائد فمنعها ضمن بالاجماع وجاء في بداية المبتدئ^(٩٦))) (وولد المغصوبة ونمائها وثمره ابناء المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها، او يطلبه مالكا فيمنعه اياه)). ونحو ما ذكره القدوري^(٩٧) والميداني^(٩٨). وجاء في شرح مجمع البحرين^(٩٩) : (((ولا تضمنه زوائد المغصوب)) يعني مازاد عند الغاصب على المغصوب اذا هلك لا يضمنه عندنا مطلقا أي سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن او منفصلة عنه كالولد والثمر وغيرهما (الا بالتعدي) أي بتعدي الغاصب في تلك الزوائد بان اتلفها (او بالمنع بعد الطلب)).

وذهب بعضهم الى عدم ضمان الغاصب للزوائد المتصلة او هلكت بعد طلب المالك لها كالحصكفي^(١٠٠) : (((وزوائد المغصوب)) مطلقا متصلا او منفصلة كدر وثمر (امانة لا تضمن الا بالتعدي او بالمنع بعد طلب المالك) لانها امانة. ولو طلب المتصلة لا يضمن { ونحوه ذكر الموصلي في الاختيار^(١٠١) وقد ذكر السرخسي ان عدم الضمان هو احدى الروايتين قال في المبسوط^(١٠٢) : ((وان منعها بد الطلب ففي احدى الروايتين تصير مضمونة بالمنع وفي الرواية الاخرى لاتصير مضمونة))

ب) منافع المغصوب

واما ما يتعلق في المنافع، فقد ذهب فريق منهم الى عدم ضمانه مطلقا قال السمرقندي^(١٠٣): ((ان المنافع لاتضمن بالغصب اوالاتلاف)). وجاء في البدائع^(١٠٤): ((وعلى هذا تخرج المنافع الاعيان المنقولة المخصوصة انها ليست مضمونة عندنا وقال السرخسي^(١٠٥): ((فلو غصب عبدا او دابة فاجره واصاب من غلته، فغلته للغاصب)) وجاء في الاختيار^(١٠٦): ((ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاه او عطلها)) او استغل لعدم ورود الغصب عليها} وفصل فريق اخر بين منافع المعدل للاستغلال، او مال اليتيم او الوقف، وبين غيرها فقالوا بضمان الغاصب فيها دون غيرها. جاء في اللباب^(١٠٧).

((لايضمن الغاصب منافع ما غصبه)) من ركوب الدابة وسكنى الدار وخدمة العبد، لانها حصلت على ملك الغاصب... وهذا في ما اعدا ثلاثة مواضع فيجب فيها اجر المثل، على اختيار (المتأخرين، وعليه الفتوى) وهي ان يكون وقفا او ليتيم او معدل للاستغلال}. وجاء في اشرح الدر المختار^(١٠٨): ((و)) بخلاف ((منافع الغصب استوفاه او عطلها)) فانها لاتضمن عندنا.... ((الا)) في ثلاث فيجب اجر المثل، الاختيار المتأخرين : ((ان يكون)) المغصوب ((وقفا)) للسكنى او الاستغلال ((او مال اليتيم)) ... ((او معدا)) أي اعدده صاحبه ((للاستغلال)) بان بناء لذلك او اشتراه لذلك} كما ذهب الى هذا التفصيل بان نجيم في الاشباه والنظائر ص ٢١٤ وابن عابدين^(١٠٩) وداماد افندي^(١١٠) وابن عبد الغفار^(١١١).

الصورة الثانية : التلف عند المشتري

١. القول بالضمان مطلقا : ذهب الامامية الى ان حكم المشتري حكم الغاصب الفضولي في ترتب الضمان عليه، وان المالك مخير في الرجوع الى ايهما شاء سواء كانت النمايات متصلة ام منفصلة وسواء كانت المنفعة مستوفاة ام غيرها ذهب اليه الشيخ الطوسي والراقي ونحو ما في مفتاح الكرامة وجامع الشتاة والحدائق والمهذب والشرائع والراياض والمالك والجامع والاجازة وكفاية الاحكام وغيرها ولم اجد للاحناف قولاً فيه.

٢. القول بالتفصيل : لم اجد للامامية راي في التفصيل على عكس ابناء العامة.

الاحناف

اقوال الاحناف بالتفصيل تفصيل ابي حنيفة وفصلة ابو حنيفة بين المشتري والفضولي الغاصب في خصوص الزوائد المتصلة فانه يرى ان الغاصب لو باع العين المغصوبة وزادت في يد المشتري زيادة متصلة، كالسجن والحمال وهلكت فلا ضمان على الغاصب، وان الضمان يتوجه على المشتري خاصة. وتبعه في ذلك بعض الاحناف، كصاحب مجمع البحرين^(١١٢) حيث قال: ((والزيادة المتصلة لاتضمن للبيع والتسليم)) ونحوه ذكر الموصلي في الاختيار^(١١٣).

الفرع الثاني : حكم المشتري مع الفضولي :

اذارجع المالك على المشتري واسترد العين منه ان كانت قائمة او عوضها ان كانت هالكة ورجع عليه ايضا بالفوائدبناء على ضمانها فهل للمشتري الحق في الرجوع على الفضولي بما دفعه من الثمن؟ وعلى تقدير ان له ذلك فهل يرجع ايضا بمادفع وانفق زيادة على الثمن؟

اولا:الرجوع بالثمن:

وللجابة على التساؤل الاول اختلفت كلمة الفقهاء على اقوال اربعة:

١. قول بالرجوع مطلقا :

أ- جماعة من الامامية :

واليه ذهب جماعة من الامامية كابن سعيد^(١١٤) حيث قال: ((والمشتري يرجع بالثمن في ذلك على بائعه، لانه اخذه بغير حق)). وكذا المحقق الحلبي - على ما نقل عنه -^(١١٥) في بعض تحقیقاته والشهيد الثاني^(١١٦)، والاردبيلي^(١١٧) والسيد اليزدي^(١١٨) والسيد الحكيم^(١١٩) والسيد الخوئي^(١٢٠).

ب - جمع من الاحناف :

كما اختاره جمع من الاحناف منهم الكاساني حيث قال في بدائله^(١٢١): ((ثم اذا ضمن المالك الغاصب وقت الغصب او وقت التسليم جاز البيعوان ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع ،لانه تبين انه اخذه بغير حق). وذهب اليه السرخسي^(١٢٢)، وابن الهمام^(١٢٣) وابن عابدين في تنقيح الحامدية^(١٢٤) وقاضي خان^(١٢٥) كما ورد في الفتاوي الهندية،

وفي شرح اسبيجاني ،وفي اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى، وفي السعيدات.
ونسبه ابن عابدين الى القاضي عبد الجبار والقاضي البديع .

٢. القول بالتفصيل بين المشتري العالم والجاهل :

وفصل بعضهم بين المشتري الجاهل بالفضولية والعالم بها ،فجوز الرجوع بالثمن ان كان جاهلا، وعدم الرجوع ان كان عالما سواء كان الثمن باقيا ام هالكا.
(أ) بعض الامامية :

وهو مذهب اليه بعض الامامية كالشيخ الطوسي في النهاية^(١٢٦) حيث قال:
(ومتى اشترها مع العلم بانها سرقة كان لصاحب السرقة اخذها، ولم يمكن له الرجوع على البائع بالثمن فان لم يعلم انها سرقة كان له الرجوع على بائعها).
وذهب اليه كذلك المحقق الحلي^(١٢٧).

والعلامة الحلي في التحرير^(١٢٨) والابي^(١٢٩) والشيخ النجفي^(١٣٠) ونسبه في المسالك^(١٣١) والرياض^(١٣٢) الى المشهور.

٣- القول بالتفصيل بين بقاء الثمن وهلاكه :

أ - بعض الاحناف :

ونقل ابن عابدين عن صاحب المحيط -بعد ان اطلق القول ببقاء الثمن على ملك المشتري اذا كان موجودا - القول بعدم الرجوع مطلقا اذا كان الثمن تالفا^(١٣٣).

ب - الامامية ولم اجد للامامية قول فيه.

٤- القول بالتفصيل في المشتري العالم بين بقاء الثمن وتلفه وفصل اخرون في المشتري العالم بين بقاء الثمن وهلاكه، فجوز الرجوع به اذا كان باقيا، والا فلا رجوع له. اما المشتري الجاهل فله الحق بالرجوع به على أي حال .

أ- جمع من الامامية:

وهو ما اختاره جمع من الامامية كالعلامة الحلي في اكثر كتبه جاء في المختلف^(١٣٤): (...فان رجع على المشتري رجع المشتري مع جهله على البائع بما غرمه من الثمن، وما غرمه عوضا عن المنافع التي لم تحصل في مقابلته نفع كقيمة الولد، وان كان عالما بالغصب...قال علماؤنا لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع....واطلق القول في ذلك والوجه عنده التفصيل :وهو ان كان قائما

بعينه كان للمشتري الرجوع به وإن كان نالفاً فالحق ما قاله علماؤنا). وقريب منه في التذكرة^(١٣٥) والقواعد^(١٣٦) ونهايته الفقهية^(١٣٧). واختاره كذلك فخر المحققين^(١٣٨) والصيمري^(١٣٩) والشهيد الأول في الدروس^(١٤٠)، والشهيد الثاني في المسالك^(١٤١) والمحقق الكركي^(١٤٢) والنراقي^(١٤٣) والسيد علي الطباطبائي^(١٤٤) والقمي^(١٤٥) والشيخ الأنصاري^(١٤٦) والميرزا النائيني^(١٤٧) والميرزا الرشتي^(١٤٨).

ب - بعض الاحناف : وممن اختار التفصيل بعض الاحناف، وكما يبدو من ابن عابدين في حاشيته^(١٤٩) حيث قال : (وإذا لم توجد الاجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشتري، فإذا هلك في يد الفضولي هل يضمه للمشتري ؟ ففي شرح الوهبانيه، قال في القنية، بعد رمز الى القاضي عبد الجبار والقاضي البديع : - اشترى من فضولي شيئاً ودفع اليه الثمن ما علمه بانه فضولي، ثم هلك الثمن في يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي ثم رمز لظهير الدين المرغيناني، وقال : ان علم انه فضولي وقت اداء الثمن يهلك امانه. ذكره في المنقّى قال البديع وهو الاصح)^(١٥٠).

ج. القانون المدني العراقي : الذي يبدو ان القانون المدني العراقي نحى هذا المنحى فقد نصت المادة ١٣٥ ف ٣ / على ان المالك اذا لم يجز تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضول البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك البدن في يد الفضولي بدون تعد منه وان العاقد الاخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

ثانياً: الرجوع بالزيادة على الثمن :

اما التساؤل الثاني وهو: هل للمشتري الرجوع على البائع بما زاد على الثمن ؟ فللاجابة عليه نقول: ان المشتري (تارة) يكون عالماً بالفضولية، و(اخرى) يكون جاهلاً بها.

الاول : المشتري العالم :

فان كان عالماً بالفضولية، فالذي يبدو من كلمات الفقهاء اتفاقهم على انه لا يحق له بالرجوع بشيء من الغرامات التي دفعها المالك، كزيادة قيمة المبيع على الثمن، وعوض المنافع المستوفاة، وغير المستوفاة - بناء على القول بضمانها - ما انفقه

على المبيع وغير ذلك، بل يكون للبائع الفضولي الحق في الرجوع عليه، لو رجع عليه المالك ابتداء بتلك الفرامات^(١٥١).

والسر في ذلك واضح، لأنه حينئذ يكون كالغاصب اثبت يده على مال الغير قبل تحقق رضاه، فيستقر الضمان عليه، لحصول التلف عنده .
الثاني: المشتري الجاهل :

اما اذا كان المشتري جاهلا بالفضولية، وقد وقع الخلاف بينهم في رجوعه بالفرامات، وعدم رجوعه بها.

والفرامات التي يدفعها الى المالك -على ما يبدو - على اقسام ثلاثة:
القسم الاول: ما كانت الغرامة في مقابلة العين

وذلك كزيادة القيمة على الثمن المسمى التي دفع للبائع، كما لو اشترى المبيع بعشرة دنانير، وكانت القيمة التي اخذها المالك بعد ثلثة عشرين ديناراً، فهل يحق له ان يرجع بالعشرة الزائدة على الثمن، او ليس له ذلك ؟
اما ما قبل الثمن فلا يرجع به على كل حال، لان المشتري اقدم على دفعه وضمانه حتى على تقدير التلف، تماماً كما لو اشترى من المالك نفسه.
١- القول بعدم الرجوع .

(أ) الاحناف :

الذي عليه فقهاء الاحناف عدم الرجوع، فقد صرح غير واحد منهم بذلك . جاء في فتح القدير^(١٥٢): ((ولو هلك المبيع قبل الاجازة، قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك فللمالك ان يضمن ايها شاء البائع او المشتري فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن))، وقال محمد بن الحسن^(١٥٣): ((اراءيت لو باعه ثوبا فخرقه او اهلكه، فاستحقه رجل، وضمنه بالقيمة، ليس انما يرجع على البائع بالثمن، وان كانت القيمة اكثر منه؟))

ب - بعض الامامية :

وهو مذهب بعض الاعلام من الامامية كالشيخ الطوسي^(١٥٤): ((وان كان مع الجهل بالحال فكلما دخل المشتري على انه تملكه ببذل وهو ارش البكارة، ونقصان

الولادة وقيمتها ان مانت لايرجع به على الغاصب). وكذلك ذهب اليه العلامة الحلبي في التحرير (١٥٥) والتذكرة (١٥٦).

٢. القول بالرجوع :

أ - أكثر الامامية : وذهب أكثر الامامية الى القول بان له الرجوع بالزيادة التي دفعها للمالك في مقابل العين المبيعة ، منهم الشهيد الاول (١٥٧) حيث قال : (والقرار على المشتري مع العلم ، وعلى الغاصب مع الجهل او دعواه الوكالة ويرجع بالثمن مع وجوده على كل حال ، وكذا مع تلفه اذا رجع عليه المالك بالقيمة . ولو زادت القيمة فالاقرب رجوعه بالزيادة ايضاً) كما ذهب اليه فخر المحققين (١٥٨) والصيمري (١٥٩) ، والشهيد الثاني في المسالك (١٦٠) والروضة (١٦١) ، والكركي (١٦٢) والنراقي (١٦٣) والسيد علي الطباطبائي (١٦٤) والقمي (١٦٥) والشيخ الانصاري (١٦٦) والميرزا الرشتي (١٦٧) وغيرهم .

ب- الاحناف : ولم اجد لهم قول فيه .

القسم الثاني : ماحصل في مقابل الغرامة منفعة .

وذلك كما لو سكن الدار مثلاً ، او استفادة من ثمر الشجرة او لبن الدابة ، او نحو ذلك . فهل للمشتري الرجوع بها على الفضولي لو رجع عليه المالك ، او ليس له ذلك ؟

١. القول بعدم الرجوع :

أ - بعض الامامية :

فالذي يراه بعض الامامية عدم الرجوع بها ، الشيخ الطوسي فقد ذكر في المبسوط - كما تقدم - انه لايرجع بأرش البكارة . وقال ابن ادريس (١٦٨) : (وان حصل له في مقابلته نفع وهو مهر المثل في مقابلة الاستمتاع فلا يرجع به على البائع) . كما ذهب اليه ابن ابي سعيد (١٦٩) والاببي (١٧٠) والبحراني (١٧١) .

ب- الاحناف :

وهو مذهب الاحناف على ما يبدو من تعبير السرخسي في مبسوطه (١٧٢) ، حيث قال : (ولايرجع بالعقر عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر) . وجاء في رد المختار (١٧٣) : (انما لم يرجع المشتري بالعقر لان بدل منفعة استوفاه لنفسه

،وجازا على فعله). وقال ابن عابدين^(١٧٤) - في جواب من ساله عن اشترى دارا
وظهرت وقفا وضمنه ناظر الوقف اجرتها- : (انه لا يرجع بالاجرة على البائع).
٢- القول بالرجوع.
أ- اكثر الامامية :

اما القول بان للمشتري في مطالبة البائع لو طلبه المالك فهو مذهب اكثر
الامامية،فاليه ذهب العلامة الحلي حيث قال في الارشاد^(١٧٥): (وهل يرجع بما
حصل في مقابلته نفع،كالسكنى والثمر واللبن وشبهه ؟ قولان :الاصح الرجوع).
وذهب اليه كذلك فخر المحققين^(١٧٦) والكركي^(١٧٧)، والشهيد الاول في الدروس^(١٧٨)
والشهيد الثاني في المسالك^(١٧٩) والروضة^(١٨٠) والارديلي^(١٨١) والنراقي^(١٨٢)
والقمي^(١٨٣) والشيخ النجفي^(١٨٤) والشيخ الانصاري^(١٨٥) والميرزا النائني^(١٨٦)
والسيد اليزدي^(١٨٧) والسيد الحكيم^(١٨٨).

ب - رأي ابن ابي ليلى
وقد نقل ابن المرتضى^(١٨٩) عن ابن ابي ليلى القول على البائع بمهر الجارية
الموطوءة اذا استحققت .
القسم الثالث :

مالم يحصل في مقابل الغرامة منفعة وذلك كالمنفعة الفائتة تحت يده لو قلنا
بضمانه لها - وقيمة الولد والبناء ونحو ذلك.
وقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة اقوال:
١- القول بالرجوع مطلقا :

أ - اكثر الامامية :
ذهب اكثر الامامية الا ان للمشتري الحق في مطالبة البائع بهذا القسم من
الغرامة لو رجع المالك عليه، فقد صرح غير واحد منهم بذلك. جاء في
الشرائع^(١٩٠): (وما يغرمه المشتري مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة
والعمارة، فله الرجوع به على البائع). وقال العلامة الحلي^(١٩١): (رجع المشتري
على البائع بالثمن وبما غرمه مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة وقيمة الولد،
والعمارة،مع الجهل بالغصب). وجاء في الجامع^(١٩٢): (واذا باعه ارضا فبنا فيها او
غرس،فثبت بانها لغيره رجع على البائع بالثمن وبما غرم). ونحوهم غيرهم.

ب - الاحناف : لم اجد لهم قول فيه .

١ . القول بعدم الرجوع في الولد :

لم اجد للإمامية ولا للحناف قول فيه :

٢ . القول بالتفصيل :

أ - الاحناف :

ويرى الاحناف ان للمشتري الرجوع بقيمة الولد وقيمة ما يمن نقضه وتسليمه من البناء او الزرع ، اما ما انفقه عليه فليس له الرجوع به . جاء في المبسوط^(١٩٣) : (ولو اشترى جاريه فولدت له ، ثم جاء اخوه فاقام البينة ان الجارية له ، قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر ... ويرجع المتري على البائع بالثمن وقيمة الولد ، لاجل الغرور) . وقال خير الدين في فتاويه^(١٩٤) - جوابا على من سأله عن اشترى بيتا وبنى فيه ، ثم ظهر انه مستحق ، هل له الرجوع بالثمن وقيمة البناء؟ - : انه (يرجع بالثمن وقيمة البناء على البائع كما صرح به علماؤنا قاطبة لكونه غرة وله قيمته قائما يوم تسليمه) وجاء في شرح الدر المختار^(١٩٥) : (ولو استحق العبد او البقرة لم يرجع بما انفق) . وفي موضع اخر منه ورد قوله : (وبالجملة فانما يرجع اذا بنى او غرس بقيمة ما يمكنى نقضه وتسليمه الى البائع ، فلا يرجع بقيمة جص و طين)

الخاتمة

ومن خلال البحث اعلاه استطعنا استخلاص هذه النتائج وهي :-

١ . حكم العقد ونستخلص مما تقدم ان العموميات امثال قومه تعالى : ((اوفوا بالعقود)) (واحل الله البيع) و (تجارة عن تراض) شاملة لعقد الفضولي بعد صدور الاجازة من المالك سواء كان مسبوق بالنهي منه او غير مسبوق وذلك لانه بالاجازة يستند اليه فيصدق عليه انه عقده ، وعليه الوفاء به ، ويكون من البيوع التي احلها الله تعالى وتجارة صادرة عن رضا المالك .

٢ . نجد ان القانون العراقي جاء متوافقا مع رأي اكثر الامامية والاحناف بالقول بالصحة مطلقا وتوقف النفوذ على الاجازة في حكم العقد الذي يوقعه الفضولي للمالك وان القانون المدني الفرنسي القديم كان موافقا لرأي اغلبية فقهاء الامامية بصحة عقد الفضولي بينما في القانون الحديث والقاضي بعدم صحة البيع موافقا لاراي بعض فقهاء الامامية .

٣. وفي الفرع الثاني في حكم العقد الذي ينشأه الفضولي لنفسه واستخلاصا من كل ماتقدم نستطيع القول بان الفضولي اذا انشا العقد لنفسه وقع عقده صحيحا موقوف على اجازة المالك سواء علم المشتري او لم يعلم وحكمه تماما حكم اذا انشاء للمالك عند الامامية واكثر الحنفية .

٤. ان القانون المدني العراقي في اغلبيه الفقه الاسلامي لم يشترط لفظا خاصا او قولا معيناً في محققات الاجازة وفي القضاء الفرنسي ذاته عقد قابل للابطال وان من حق المشتري ان يجيزه.

٥. وحول شروط العقد نجد ان الامامية يتفقون وقد يختلفون مع الاحناف وقد : نجد راي لاحدهم وبالنسبة للقانون المدني العراقي اشترط وجود المجيز من الاجازة.

٦. وفي واقع الاجازة من حيث الكشف والنقل وجدنا ان القانون المدني العراقي قد اختار القول بالكشف متوافقا مع اكثر الاحناف وبعض الامامية. نجد ان القانون المدني الفرنسي ياخذ بالكشف اذا اخذنا الاجازة بمعناها المرتبط بصدورها من المشتري واما في حق الغير فكانهم من كلام السنهوري في الوسيط ياخذون بالنقل .

٧. وجدنا في محققات الرد : اولاً: ان الرد لايلزم تحققه باللفظ خاصة، بل يكفي الفعل في تحققه اذا قصد الانشاء به، لانه من الطرق المقررة عرفاً لعدم الموافقة على العقد

ثانياً: ان الفسخ الباطني لا يكفي لتحقيق الرد به.

ثالثاً : ان القانون المدني العراقي متوافق مع الفقه الاسلامي في هذه المسألة .

رابعاً : في القضاء الفرنسي:

لما كان الابطال متوقف لمصلحة المشتري وتمكينه ذلك عن طريق دعوى ابطال او يستبقي ضمان الاستحقاق او بصورة دفع يدفع به دعوى البائع اذا طالبه بالثمن. في مسألة اثار الرد وجدنا ان القانون المدني العراقي قد اخذ بصورة التلف عند المشتري برأي اغلبيه الفقهاء المسلمين في اخذه بتضمنين ايهما شاء.

المواش

- (١) ابو الفضل محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري لسان العرب المجلد ١١ ص ١٤٩ حرف اللام / فصل الفاء / مادة فضل ::
- (٢) محب الدين ابي الفيض سيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي/ تاج العروس ج ٨ فصل الفاء باب اللام مادة فصل ص ٥٠ :
- (٣) الاقتناع للمقدسي ج ٢، ص ٦ (هامش) نقلا عن عقد الفضولي في الفقه الاسلامي عبد الهادي الحكيم رسالة ماجستير مطبعة الاداب - النجف الاشرف ص ٦٠
- (٤) الشيخ كاشف الغطاء/تحرير المجلة اج ١ ص ١٢٥
- (٥) الشيخ مرتضى الانصاري كتاب المكاسب نقلا عن عقد الفضولي عبد الهادي الحكيم رسالة ماجستير مصدر سابق ص ١٢٤
- (٦) محمد بن عبد الله بن احمد ابن تمرناش، تنوير الابصار ص ٧٤ / مكتبة السيد الحكيم العامة النجف الاشرف
- (٧) ابن امين الدين، شرح مجمع البحرين ورقة ١٠٩
- (٨) محمد علاء الدين الحصكفي شرح الدر المختار مطبعة الواظ بمصر ج ٣ ص ٢٣٧
- (٩) قاضي خان محمود الاورجندي الفتاوي الخانية مطبعة محمد شاهين ١٢٨٢ هـ ج ١ ص ١٤٤
- (١٠) عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية المجلد الاول البيع والمقايضة مطابع دار النشر للجامعات المصرية
- (١١) غني حسون طه: العقود المسماة عقد البيع مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٩ - ١٩٩٧ ج ١ ص ٤٠٠
- (١٢) هاشم معروف الحسني : نظرية العقد في الفقه الجعفري دار التعارف للمطبوعات ص ١٠٠
- (١٣) غني حسون طه : مصدر سابق
- (١٤) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي دار احياء التراث العربي بيروت ج ٤ ص ٢٧٧
- (١٥) ص ١٩٢ نقلا عن عقد الفضولي مصدر سابق ص ٢٠٥
- (١٦) ابو الحسن علي بن ابي بكر ابن عبد الجليل الرجواني المرغناني :الهداية شرح بداية المبتدي ' مطبعة المصطفى الحلبي بمصر
- (١٧) ابو محمد محمود العيني:شرح كنز الدقائق مطبعة البهيه بمصر ١٣١٢ هـ ورقة ٥٣

(١٨) شمس الدين محمد القهستاني: جامع الرموز مطبعة المعصومية ١٢٩١هـ

ج ٣ ص ٣٨

(١٩) ج ١ ص ٢٦٠ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٢١٠

(٢٠) الاشباه والنظائر ص ١٥٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٢١٠

(٢١) محمد امين المعروف بابن عابدين مصدر سابق ج ٤ ص ٢١٠

(٢٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٥٠ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٢١٠

(٢٣) محمد امين المعروف بابن عابدين مصدر سابق ج ٤ ص ٢١٠

(٢٤) محمد امين المعروف بابن عابدين المصدر نفسه ج ٢ ص ٢٣٧

(٢٥) علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني: بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٥ مطبعة الجمالية

بمصر الطبعة الاولى

(٢٦) ١٣٢٨هـ ٩ كتاب للقدوري ورقة ٣٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق

ص ٣٠٠

(٢٧) ابي الحسن علي ابن بكر ابن عبد الجليل ج ٣ ص ١٣٨ مصدر سابق

(٢٨) ج ٣ ص ٣٨ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣٠٠-٣٠٥

(٢٩) ج ٢ ص ١٩ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣٠٠-٣٠٥

(٣٠) عن الكنز ج ٣ ص ٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣٠٠-٣٠٥

(٣١) ج ١ ص ٣٢١

(٣٢) ج ٢ ص ٢٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣١٠

(٣٣) علاء الدين السمر قندي: تحفة الفقهاء مطبعة جامعة دمشق ط ١ ١٣٧٧هـ ج ٢ ص

٢٢٥

(٣٤) الخصكفي/ مصدر سابق ج ٤ ص ٢١٦

(٣٥) المرتاشي مصدر سابق ورقة ١٠٠

(٣٦) ابن عابدين: مصدر سابق ج ٢ ص ٢٣٩

(٣٧) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٤٠٠

(٣٨) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٤٠٠

(٣٩) قاضي خان انظر: مصدر سابق ج ٢ ص ١٤٦ والفتاوي الهندية ج ٣ ص ١٣٦

(٤٠) بدر الدين محمود اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه: جامع الفصولين المطبعة

الازهرية بمصر ط ١ ١٣٦٥هـ ج ص ٣١٥

(٤١) انظر ملا خسروج درر الكلام ج ٢ ص ١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٣٢٠

- (٤٢) انظر ابن عابدين مصدر سابق ج ٢ ص ٢٢
- (٤٣) طبع بهامش الفصولين لابن قاضي سماوة ج ٥ ص ١٨ مصدر سابق
- (٤٤) غني حسون طه : مصدر سابق ص ٤٠١
- (٤٥) م ن ص ٤٠١
- (٤٦) م ن ص ٤٠٠
- (٤٧) السنهوري : مصدر سابق ص ٢٩٨
- (٤٨) طبعت بهامش جامع الفصولين مصدر سابق ج ١ ص ٣١٦
- (٤٩) ابن عابدين مصدر سابق ج ٢ ص ٢٣٩
- (٥٠) البحر الرائق مصدر سابق ج ٢ ص ٢٣٩
- (٥١) الاشباه والنضائر زين الدين الشهير بابن نجيم : الاشباه والنضائر ص ١٥٤ مطبعة المظهري ص ١٥٤
- (٥٢) الافغاني الشيخ عبد الحكيم الافغاني : كشف الحقائق المطبعة الادبية بمصر ط ١
١٣١٨ هـ ج ٢ ص ٣٥ الفتاوى الخانية مصدر سابق ج ٢ ص ١٤٤
- (٥٣) البحر الزخار مصدر سابق ج ٣ ص ٣٢٩
- (٥٤) المبسوط مصدر سابق ج ١٣ ص ١٥١
- (٥٥) جامع الفصولين مصدر سابق ج ١ ص ٣١٧
- (٥٦) ابن عابدين : مصدر سابق ج ٤ ص ٢٠٩
- (٥٧) شرح الكنز : مصدر سابق ج ٢ ص ٤٠
- (٥٨) شرح العتبي على الكنز ج ٢ ص ٤٠ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق
ص ٣٢٠-٣٢١
- (٥٩) بدائع الصنائع مصدر سابق ج ٥ ص ١٤٩
- (٦٠) ابن عابدين : مصدر سابق ج ٤ ص ٢٢٠
- (٦١) جامع الفصولين مصدر سابق ج ١ ص ٣٢٢
- (٦٢) جامع الفصولين مصدر سابق ج ١ ص ٣٢٣
- (٦٣) شمس الدين الرضي المبسوط كتاب المبسوط ج ١١ ص ٦٥ - ٦٦ مطبعة السعادة
بمصر ط ١ ج ١ ص ٦٥-٦٦
- (٦٤) فتح القدير مصدر سابق ج ٥ ص ٣١٤
- (٦٥) البحر الرائق : مصدر سابق ج ٦ ص ١٦٥
- (٦٦)

- (٦٧) الهدايه مصدر سابق ج ٣ ص ٥١
(٦٨) البدائع مصدر سابق ج ٥ ص ١٥١
(٦٩) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام :فتح القدير مطبعة مصطفى احمد ج ٥ ص ٣١١
(٧٠) جامع الرموز ج ٢ ص ٣٨ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣٢٠-٣٢١
(٧١) درر الحكام ج ٢ ص ١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٣٢٠-٣٢١
(٧٢) تحفة الفقهاء مصدر سابق ج ٢ ص ٤٦
(٧٣) الفتاوى الخانية مصدر سابق ج ٢ ص ١٤٤
(٧٤) تحفة الفقهاء مصدر سابق ج ٢ ص ٤٦
(٧٥) بدائع الصنائع مصدر سابق ج ٥ ص ١٤٩
(٧٦) الحصكفي مصدر سابق ج ٢ ص ٢٣٧
(٧٧) السمر قندي /مصدر سابق ج ٢ ص ٤٦
(٧٨) النكاح في زواج الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٤٠٥
(٧٩) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٦٢
(٨٠) ابن نجيم / مصدر سابق ج ٣ ص ٢٣٠
(٨١) الحسني : مصدر سابق ص ٣٢٣
(٨٢) انظروا لتمرناشي مصدر سابق ورقة ١٠٠
(٨٣) فتاوي الانقروي مصدر سابق ج ١ ص ٢٥٨
(٨٤) شمس الدين /المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٦٥
(٨٥) غني حسون طه مصدر سابق ص ٤٠٢
(٨٦) السنهوري/ الوسيط مصدر سابق ص ٢١٨- ٢٨٩
(٨٧) م ن
(٨٨) السنهوري/ الوسيط مصدر سابق ص ٢٨٨
(٨٩) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٥٦
(٩٠) ج ٧ ص ١٤٣
(٩١) ج ٢ ص ٣٢٧
(٩٢) ج ١ ص ٢٣٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٣٩

- (٩٣) ج ٣ ص ١٣٦
(٩٤) ج ٥ ص ٣١٣
(٩٥) السمر قندي مصدر سابق ج ٣ ص ١٢٧
(٩٦) المير غفاني مصدر سابق ج ٤ ص ١٤-١٥ (متن).
(٩٧) القدوري مصدر سابق ورقة ٦٧
(٩٨) عبد الغنيمي الميداني اللباب في الكتاب المطبعة المنيرية بالازهر ط ١
ج ٢ ص ١٤٣-١٤٤
(٩٩) ورقة ١٨١ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٤٠
(١٠٠) الحصكفي ج ٢ ص ٦١
(١٠١) الموصلي في الاختيار ج ٣ ص ٦٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٤١
(١٠٢) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٥٥
(١٠٣) ج ٣ ص ١٢٨
(١٠٤) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج ٧ ص ١٤٥
(١٠٥) شمس الدين المبسوط المصدر نفسه ج ١١ ص ٧٧-٧٨
(١٠٦) عبد الله بن محمود الموصلي الاختيار لتعليل المختار مطبعة مصطفى الحلبي
بمصر ١٣٧٠هـ ج ٣ ص ٦٤-٦٥
(١٠٧) ج ٢ ص ١٤٤
(١٠٨) ج ٢ ص ٥٦١-٥٦٠
(١٠٩) ج ٢ ص ٤٦٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم مصدر سابق ص ٥٠
(١١٠) محمد سعيد بن عبد الغفار السعيديات في احكام المعادلات ج ٢ ص ٢٢٩
(١١١) امين الدين شرح مجمع البحرين ورقة ٨ مصدر سابق
(١١٢) ج ٣ ص ٦٤
(١١٣) ابو القاسم القمي جامع الشتات المطبعة الخيرية بايران ١٣١٠هـ ص ١٥٧
(١١٤) ابو عبد الله محمد بن مكي الشهير بالشهيد الاول للعبة الدمشقية مطبعة الحاج
ابراهيم بايران ١٣١٠هـ ج ص ٢٤١
(١١٥) زين الدين بن علي ابن احمد الاشامي الشهير بالشهيد الثاني الروضة البهية في
شرح اللعبة الدمشقية مطبعة الحاج ابراهيم بايران ج ١ ص ٢٤١
(١١٦) احمد بن محمود الاردبيلي مجمع الفوائد البرهان في شرح ارشاد الازهان -
المتاجر - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم) الطبعة الحجرية

- (١١٧) السيد الحكيم في حاشيته على المكاسب ج ١ ص ١٧٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٦٠
- (١١٨) السيد محسن الطباطبائي الحكيم نهج الفقاهة وما بعدها المطبعة العلمية النجف الاشرف ١٣٧١ هـ ج ١ ص ٢٦٥
- (١١٩) السيد علي الشاهرودي تقريراً لمبحث السيد الخوئي محاضرات في الفقه الجعفري مطبعة الاداب النجف الاشرف ١٣٨٤ هـ ج ٢ ص ٥٤٤-٥٤٤
- (١٢٠) بدائل الكاساني ج ٧ ص ١٤٤ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٥٣
- (١٢١) شمس الدين المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٥٨
- (١٢٢) فتح القدير مصدر سابق ج ٥ ص ٣١٣
- (١٢٣) ابن عابدين في تنقيح الحامية ج ١ ص ٢٣٧-ج ٢ ص ١٤٣ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٥٢
- (١٢٤) قاضي خان مصدر سابق ج ٢ ص ١٤٤
- (١٢٥) التجارة - في بيع الغرر (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٧٢
- (١٢٦) العلامة الحلي مصدر سابق ص ٢٧٧ والمختصر النافع ص ٢٥٦
- (١٢٧) المحقق الحلي الغصب في احكام الغصب (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ج ٢ ص ٧٣
- (١٢٨) الابي كشف الرموز ص ٢٤٦ نقلا عن الهادي الحكيم ص ٧٣
- (١٢٩) الشيخ النجفي جواهر الكلام مصدر سابق ص ٦٦
- (١٣٠) ج ١ - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم). نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٧٥
- (١٣١) الرياض ج ١ ص ٥٣١-٥٣٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٧٥
- (١٣٢) ابن عابدين مصدر سابق ج ٤ ص ٢١٧
- (١٣٣) ابو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الشهير بالعلامة الحلي مختلف الشيعة في احكام الشريعة الطبعة الحجرية ١٣٢٣ هـ ج ٢ ص ١٧٠
- (١٣٤) التذكرة ج ١ ص ٤٦٣ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٣٥) القواعد ص ٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٣٦) البيع - شروط المعقود عليه - الشرط الثالث (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٣٧) ايضاح الفوائد ج ١ - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠

- (١٣٨) الشيخ مفلح الصيمري غاية المرام - في شرح شرائع الاسلام - البيع - بيع الفضولي - بمكتبة السيد الحكيم العامة في النجف الاشرف
- (١٣٩) البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٤٠) ج ١ - البيع - بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٤١) جامع المقاصد - للبيع - بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٠
- (١٤٢) احمد بن محمد النراقي مستند الشيعة - المتاجر - البيع - بيع الفضولي ج ٢ ص ٧٠
- (١٤٣) رياض المسائل مصدر سابق ج ١ ص ٥٣١ - ٥٣٢
- (١٤٤) ابو القاسم القمي غنائم الايام في مسائل الحلال والحرام ص ٥٤٥
- (١٤٥) الشيخ الانصاري المكاسب ص ١٤٥ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥
- (١٤٦) الخونساري مصدر سابق ج ١ ص ٢٩٠ .
- (١٤٧) الميرزا حبيب الله الرشتي الاجازة الطبعة الخيرية ص ٢٩٠
- (١٤٨) ابن عابدين مصدر سابق ج ٤ ص ٢١٧
- (١٤٩) يمكن نسبة هذا التفصيل الى كل من ابن نجيم في البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ ،
والحصكفي في شرح الدر المختار ج ٢ ص ٢٣٩ مصادر سابق
- (١٥٠) انظر: المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٥٠ ، والمذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٧٣ ،
ومختلف الشيعة للعلامة الحلبي ج ٢ ص ١٧٠ وشرائع الاسلام لمحقق الحلبي
ص ٢٧٧ مصادر سابقة
- (١٥١) ج ٥ ص ٣١٣
- (١٥٢) اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري
ص ١٣ مطبعة الوفاء بغداد ط ١ ١٣٥٧ هـ - ص ١٣
- (١٥٣) الغصب في احكام الغصب مصدر سابق (غير مرقم)
- (١٥٤) ج ٢ - الغصب - في احكام الغصب المصدر نفسه (غير مرقم) .
- (١٥٥) ج ١ ص ٤٦٣ .
- (١٥٦) الدروس الشرعية في فقه الامامية ابو عبد الله محمد بن مكي الشهير بالشهيد
الاول - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم) الطبعة الجرية ١٢٩٦ هـ
- (١٥٧) ايضاح الفوائد مصدر سابق ج ١ - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم)
- (١٥٨) غاية المرام مصدر سابق - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم)

- (١٥٩) المسالك ج ١ البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٦
- (١٦٠) الروضة البهية مصدر سابق ج ١ ص ٢٤٢
- (١٦١) جامع المقاصد البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٦
- (١٦٢) مستند الشيعة ج ٢ البيع بيع الفضولي مصدر سابق (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٦
- (١٦٣) ثرياض مصدر سابق ج ١ ص ٥٣١
- (١٦٤) غنائم الايام مصدر سابق ص ٥٤٤
- (١٦٥) المكاسب ص ١٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٦
- (١٦٦) الاجازة الشيخ الانصاري ص ٢٠٩ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٧
- (١٦٧) انظر منية الطالب مصدر سابق للخونساري ج ١ ص ٢٩٧
- (١٦٨) السرائر مصدر سابق - الغصب - في احكام الغصب (غير مرقم).
- (١٦٩) جامع المقاصد مصدر سابق ص ١٥٧
- (١٧٠) كشف الرموز مصدر سابق ص ٢٤٦
- (١٧١) الشيخ يوسف البحراني/الحقائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة ج ٥ ص ٧٦
الطبعة الحجرية بايران ١٣١٧هـ
- (١٧٢) المبسوط مصدر سابق ج ١١ ص ٨٢
- (١٧٣) رد المحتار مصدر سابق ج ٤ ص ٣٠٣
- (١٧٤) رد المحتار مصدر سابق ج ٤ ص ٣٠٣
- (١٧٥) البيع - الركن الثاني - بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠
- (١٧٦) شرح ارشاد الاذهان بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠
- (١٧٧) جامع المقاصد ج ١ - الغصب - احكام الغصب (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠
- (١٧٨) البيع بيع الفضولي - وفي الغصب - احكام (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠
- (١٧٩) ج ١ البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠
- (١٨٠) ج ١ ص ٢٤٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠

(١٨١) مجمع الفوائد البيع بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي الحكيم
ص ٨٥-٩٠

(١٨٢) مستند الشيعة ج ٢ - البيع - بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد الهادي
الحكيم ص ٨٥-٩٠

(١٨٣) غنائم الايام مصدر سابق ص ٥٤٤

(١٨٤) الشيخ محمد حسن الشيخ باقر النجفي/جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ج ٤
ص ٤٦ الطبعة الخيرية ١٣١٣هـ

(١٨٥) المكاسب ص ١٤٧ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠

(١٨٦) منية الطالب مصدر سابق للخونساري ج ١ ص ٢٩٦

(١٨٧) حاشيته المكاسب السيد اليزدي ج ١ ص ١٨٢ نقلا عن عبد الهادي الحكيم ص ٨٥-٩٠

(١٨٨) نهج الفقاهه ص ٢٧٣ ومنهاج الصالحين ج ٢ ص ١٨ مصادر سابقة

(١٨٩) البحر الزاخر مصدر سابق ج ٣ ص ٣٧٣

(١٩٠) الشيخ النجفي/ مصدر سابق ص ٢٧٧

(١٩١) ارشاد الازدهان - البيع - الركن الثاني - بيع الفضولي (غير مرقم) نقلا عن عبد
الهادي الحكيم ص ٩١

(١٩٢) ١٠/ ص ١٥٧

(١٩٣) شمس الدين/المبسوط/ مصدر سابق ج ١١ ص ٧١

(١٩٤) الفتاوي الخيرية مصدر سابق ج ١ ص ٢٤٤

(١٩٥) الخصكفي/ مصدر سابق ج ٢ ص ٢٦٦

المصادر

لمرجع الاول: القرآن الكريم.

المصادر القانونية:

١. د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية / البيع - الايجار - المقاوله - / عمان / ساحة الجامع الحسيني / ١٩٦٧.
 ٢. د. عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي / دار احياء التراث العربي / بيروت لبنان / الجزء الرابع.
 ٣. د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح الققانون المدني العقود التي تقع على الملكية / المجلد الاول / البيع والمقايضة / مطابع دار النشر للجامعات المصرية.
 ٤. د. عبد الهادي الحكيم / عقد الفضولي في الفقه الاسلامي / رسالة ماجستير / مطبعة الاداب / النجف الاشرف.
 ٥. د. غني حسون طه / الوجيز في العقود المسماة / الجزء الاول / عقد البيع / مطبعة المعارف / بغداد ١٩٦٩-١٩٧٠.
 ٦. د. هاشم معروف الحسني / نظرية العقد في الفقه الجعفري / دار التعارف للمطبوعات.
- مصادر الفقه :
١. العشرات من الرسائل العملية لفقهاء المذهب الامامية قداماء ومتاخرين .
 - العشرات من المؤلفات الفقهية لعلماء الامامية.